



Rafael Pereira Fernandes

Serviço público ou atividade econômica? Uma análise jurisprudencial sobre a definição do regime jurídico das empresas estatais no STF.

**Monografia
apresentada à Escola
de Formação da
Sociedade Brasileira
de Direito Público –
SBDP, sob orientação
do Prof. Henrique
Motta Pinto.**

**São Paulo
2013**

Resumo: A presente monografia investiga o uso pelo Supremo Tribunal Federal da dicotomia entre empresa estatal prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica para a definição do regime jurídico dessas entidades estatais. Para tanto, apresenta três frentes de análise. Na primeira delas, investiga como o STF tem identificado o serviço público e a atividade econômica em casos relacionados às empresas estatais. Em um segundo momento, analisa quais têm sido os efeitos sobre o regime jurídico das empresas estatais que a criados pela Corte a partir da classificação das atividades destas empresas como serviço público ou atividade econômica. Por fim, analisa quais têm sido as funcionalidades dessa classificação para a argumentação da Corte. Ao longo da pesquisa pude perceber que a Corte objetiva sua caracterização da ideia de serviço público e de atividade econômica, valendo-se de critérios bastante mecânicos para a classificação das atividades das estatais. Além disso, percebi que além da publicização do regime jurídico das estatais, o uso da dicotomia tem levado a uma aniquilação da personalidade jurídica das estatais. Por fim, apresento algumas consequências negativas que o uso da dicotomia na argumentação do STF tem apresentado.

Acórdãos Citados: AgR - RE 446.530/SC; AgR – AI 838.510/BA; RG – ARE 638.315/BA; AgR – RE 363.412/BA; AgR – RE 542.454/BA; ED – AgR – RE 709.225/RS; ED – ED – RE 265.749/SP; ED – RE 508.264/RS; ED – RE 265.749/SP; AgR -RE 462.704/SP; ED – AgR – RE 433.666/BA; AgR – RE 508.709/SP; ED –AgR – RE 357.447/SP; ED – RE 253.394/SP; ED – AgR - RE 318.185; AgR – RE 357.447/SP; AgR – RE 318.185/SP; AgR – AI 738.322/SP; AgR – RE 647.881/RS; ED – AgR – AI 738.322/SP; ED – AgR – RE 458.856/SP; AgR – AI 458.856/SP; AgR – RE 631.309/SP; AgR – ACO 789/PI; ED – AgR – AI 351.888/SP; AgR – RE 328.843/MG; QO – ACO 765/RJ; RE 357.291/PR; AgR – ACO 765/RJ; RE 601.392/PR; RE 220.907/RO; AgR- RE 596.729/SC; AgR – ACO 811/DF; RE 229.444/CE; AgR - RE 524.615/BA; RE 552.217/RS; ACO 789/PI; QO -ACO 803/SP; RE 364.202/RS; AC 1851/RO;

AgR -RE 433.666/BA; EDiv – RE 222.041/RS; ED – AgR – RE 485.000/AL; ED – RE 230.051/SP; AgR – RE 592.004/AL; AgR – RE 485.000/AL; ED – AgR – RE 592.004/AL; RE 222.041/RS; RE 631.309/SP; ACO 765/RJ; RE 230.051/SP; AgR – AI 351.888/SP; ACO 959/RN; AC 669/SP; AgR - RE 698.357/RS; ADI 83/MG; RE 172.816/RJ; RE 253.472/SP; AgR -RE 369.252/PR; RE 265.749/SP; RE 407.099/RS; RE 599.628/DF; RE 229.696/PE; RE 398.630/SP; ADPF 46/DF; RE 225.011/MG; RE 424.227/SC; AgR - RE 709.225/RS

Palavras Chave: Supremo Tribunal Federal; Empresas Estatais; Regime Jurídico; Dicotomia empresa estatal prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.

Agradecimentos

Gostaria de agradecer na conclusão deste trabalho, em primeiro lugar, a meus pais, Rosângela Saldanha Pereira e José Américo Fernandes Jr., que me forneceram apoio incondicional ao longo de todo meu percurso em São Paulo.

Agradeço também a meu orientador, professor Henrique Motta Pinto, pela paciência de ler os rascunhos dessa monografia e pelo olhar sempre preciso a aconselhar mudanças e melhorias para o trabalho.

Agradeço profundamente a todos os 24 alunos da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (Sbdp), não só pela troca de conhecimentos ao longo de 2013, mas também pelas pizzas partilhadas nas noites de segunda feira. Sem deixar de lado meu agradecimento para a equipe de Coordenação da Sbdp que sempre se mostrou disponível para ouvir as dúvidas e angústias que acompanham a redação de uma monografia.

Agradeço ainda aos amigos da Turma 184 - 14 do Faculdade de Direito da USP, pelas risadas quotidianas que ajudaram a suportar o peso dos prazos que se aproximavam.

Agradeço também aos amigos de Cuiabá, Jordan Monteiro, Márcio Monteiro, Matheus Simões, Eduardo e Renato Ramon, Henrique Saraiva e Alberto Monteiro, que mesmo à distância não deixaram de me apoiar e ajudaram a matar as saudades de casa.

A todos, o meu muito obrigado.

Lista de Abreviaturas

ABRAED – Associação Brasileira de Empresas de Distribuição
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advogado Geral da União
Art. – Artigo
BANESTADO – Banco do Estado do Paraná
BRDE – Banco Regional do Desenvolvimento do Extremo Sul
CAERD – Companhia de Águas e Esgoto do Estado de Rondônia
CASAL – Companhia de Saneamento de Alagoas
CETESB – Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental
CF – Constituição Federal
CODECA – Companhia de Desenvolvimento de Caxias do Sul
CODESP – Companhia Docas do Estado de São Paulo
CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento
CPC – Código de Processo Civil
DOCAS (RJ) – Companhia Docas do Rio de Janeiro
EBDA – Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola
ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ELETRONORTE – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A
HNSC – Hospital Nossa Senhora da Conceição
Infraero – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
j. – Julgado em
Metrô – SP – Companhia do Metropolitano de São Paulo
Ministro – Ministro
Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A
RE – Recurso Extraordinário
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF – Supremo Tribunal Federal
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal

Sumário

| | |
|--|----|
| 1. Introdução | 8 |
| a) <i>Apresentando o Problema</i> | 8 |
| b) <i>Delimitando o Problema</i> | 14 |
| c) <i>Qual a relevância de se compreender o que é a dicotomia empresa estatal prestadora de serviço público e empresa estatal exploradora de atividade econômica na jurisprudência do STF?</i> | 17 |
| 2. Metodologia | 21 |
| 3. Delimitando as bases da dicotomia – Uma Descrição da Jurisprudência nos Casos ECT | 31 |
| a) <i>Impenhorabilidade de Bens e Regime de Precatórios para a ECT</i> | 31 |
| b) <i>Imunidade Tributária Recíproca e a ECT</i> | 37 |
| b.1) <i>A "resposta final" do Plenário sobre a Imunidade Tributária da ECT – O RE 601.392/PR</i> | 41 |
| c) <i>O monopólio postal da ECT – Um julgamento confuso do STF</i> | 43 |
| 4. Análise do funcionamento da Dicotomia nos Casos ECT | 45 |
| a) <i>A Caracterização da Dicotomia</i> | 45 |
| b) <i>Mitigação dos Critérios de Caracterização da Dicotomia</i> | 48 |
| c) <i>Algumas considerações sobre o argumento da dicotomia no STF e suas consequências para as empresas estatais</i> | 50 |
| c.1) <i>A dicotomia modula a Constituição</i> | 50 |
| c.2) <i>O Supremo ignora e inverte a natureza da personalidade jurídica das empresas estatais prestadoras de serviço público</i> | 53 |
| c.3) <i>A dicotomia permite uma argumentação ambivalente</i> | 54 |
| c.4) <i>A dicotomia permite uma argumentação estritamente abstrata</i> | 55 |
| 5. Replicação de Precedentes | 56 |
| 6. Algumas Incongruências da Dicotomia na Jurisprudência do STF | 63 |
| a) <i>Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) e a dicotomia – Freios às Pretensões das estatais prestadoras de serviço público?</i> | 64 |
| b) <i>Os casos Hnsc</i> | 65 |
| c) <i>O caso Eletronorte</i> | 68 |
| 7. Conclusões Finais | 72 |
| a) <i>Como o STF tem delimitado a dicotomia empresas estatais prestadoras de serviços públicos versus empresas estatais exploradoras de atividade econômica?</i> | 72 |

| | |
|---|-----------|
| a.1) Quais os argumentos que evidenciam os critérios de diferenciação entre estas duas espécies de atividades das empresas estatais? | 73 |
| a.2) Os argumentos são fundamentados no art. 173 e art. 175 da Constituição? | 75 |
| a.3) Há alguma diferença entre os casos julgados antes da Emenda Constitucional 19/98 e os julgados depois desta?..... | 76 |
| a.4) O STF constrói uma dicotomia sólida para a solução dos casos concretos? É possível verificar um padrão que defina as situações e o modo em que o STF usa a dicotomia? | 77 |
| b) Quais foram as consequências do uso da dicotomia para o regime jurídico das empresas estatais? | 77 |
| b.1) Temos apenas a aproximação do regime jurídico das estatais ao direito público e/ou ao direito privado?..... | 77 |
| b.2) Há alguma relação entre a natureza das atividades das empresas estatais e as normas que o STF permite que incidam sobre o regime jurídico destas? | 81 |
| b.3) A autorização da incidência de certos tipos de normas sobre o regime jurídico das estatais tem sido estendida para todas as que tenham atividades de mesma natureza ou se restringem à empresa envolvida no caso?. | 84 |
| c) Quais são os efeitos do uso da dicotomia para a argumentação da Corte?..... | 86 |
| d) A dicotomia é um bom critério para determinar o regime jurídico das empresas estatais? | 90 |
| 8. Bibliografia..... | 95 |
| 9. Anexo I: Modelo de fichamento de acórdãos utilizado..... | 96 |

1. Introdução¹

a) Apresentando o Problema

O regime jurídico das empresas estatais é tema que tem sido pouco debatido recentemente no direito administrativo. No entanto, essa controvérsia não se trata de questão resolvida e pacificada, e isso tanto em termos acadêmicos quanto em termos jurisprudenciais. A dificuldade de se ter consenso em torno do assunto talvez não seja complicada de se entender, já que o tema das empresas estatais em si já se apresenta como um fenômeno de grande complexidade. Relaciona-se com questões notoriamente sensíveis para as ciências humanas, como por exemplo, os debates a respeito de concepções de Estado e as relações deste último com a economia. A despeito da densidade do tema e sua relação com outras áreas do conhecimento, entendo que o fenômeno das empresas estatais se apresenta para o direito contendo uma peculiaridade em especial que dificulta o seu equacionamento pelos juristas.

Essa peculiaridade se situa exatamente no fato de as estatais não serem entes que têm seu regime de atuação definido de modo tradicional. Em geral, atribui-se ao sujeito de direitos um regime jurídico em bloco, ou seja, ou se trata de uma entidade de direito público ou estamos diante de uma entidade de direito privado, sendo a personalidade jurídica do ente, o critério definidor de qual a natureza desse "bloco" normativo. As empresas estatais, ao contrário disso, se apresentam como um fenômeno que não se submete de maneira exata a esses limites desenhados pela dogmática jurídica. Pelo contrário, elas emergem em uma dualidade que decorre, inicialmente, de sua conformação legislativa, que as define como entidades componentes da administração pública (art. 37, XIX, XX e § 9º da Constituição de 1988 e o art. 4º, II, alíneas "b" e "c" do Decreto lei

¹ O presente trabalho corresponde à versão revisada da monografia apresentada na banca de avaliação conduzida por Henrique Motta Pinto e Danielle Rached em dezembro de 2013. As revisões e reformulações que apresento agora como a versão final desta monografia, beneficiaram-se em muito das críticas e debates desenvolvidos naquele momento. Por essa razão, deixo registrado meus sinceros agradecimentos a Danielle e a Henrique pelos conselhos e caminhos apontados durante a banca.

200/1967), mas que apresentam personalidade jurídica de direito privado (art. 5º, II e III do Decreto lei 200/1967).

O fato de comporem a administração pública faz com que se atraia um regime jurídico público, que tipicamente rege as atividades de gestão do Estado. No entanto, o fato de serem constituídas como empresa faz com que a primeira tendência seja contraposta pela incidência de normas de direito privado, que decorreriam exatamente da forma empresarial escolhida, uma vez que esta é originária do próprio direito privado.

Essa situação evidencia uma tensão clara no regime das estatais. Este em tese é único, no entanto, essa unicidade é composta por normas que advém ora do direito público ora do direito privado. A conformação dessas normas de natureza diferente dentro de uma unidade acaba por ser complexa.

A percepção desse caráter das estatais tornou comum na doutrina e na jurisprudência a ideia de que as empresas estatais seriam de fato híbridas, ou teriam um regime jurídico peculiar. Apesar de captar essa tensão subjacente ao regime das estatais, fato é que reconhecer o hibridismo de seu regime não contribui diretamente para uma definição mais clara do regime jurídico das empresas estatais. Ao invés disso, tais alegações parecem apenas confirmar um diagnóstico facilmente aferível a partir da observação legislativa: as empresas estatais contêm em seu regime jurídico normas originárias do direito privado e do direito público.

A princípio, o hibridismo das estatais não é o problema em si para a determinação de seu regime jurídico, pois o que dificulta essa determinação é a ausência de um referencial para a determinação das situações em que deva prevalecer o trato jurídico mais aproximado do regime privado ou do regime público na atividade das empresas estatais. Por mais que a legislação esclareça alguns pontos referentes ao regime das estatais, como por exemplo, a sua forma de organização societária ou a composição de seu capital social², ainda restam indeterminadas uma série de questões também atinentes ao regime dessas entidades. Podemos citar apenas a título

² Decreto lei 200/1967 regula essas questões em seu art. 5º e incisos.

exemplificativo as questões envolvendo o regime de seus empregados, de seus bens e também o regime de execução de seus débitos.

Tais problemas não permaneceram no aguardo de um trato legislativo específico, pelo contrário, foram levados ao Judiciário à espera de decisões definitivas. O panorama de incerteza legislativa não trazia alento para os magistrados impelidos a tratar desses temas e as distinções doutrinárias os permitia apenas dizer abstratamente que o regime jurídico de uma empresa estatal seria "híbrido". Diante desse contexto ficava evidente a falta de um critério mais concreto que permitisse entender de modo seguro a quais situações se aplicam as normas de direito público e a quais situações se aplicam as normas de direito privado, bem como a quais situações teríamos a incidência desses dois tipos de normas.

Na presente pesquisa pretendo analisar um dos argumentos que se desenvolveu inicialmente em âmbito doutrinário para a delimitação do regime jurídico das estatais, mas que acabou sendo amplamente absorvido pelos Tribunais como um critério objetivo de solução das controvérsias a respeito do tema. Refiro-me à dicotomia que classifica as empresas estatais em prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica.³

Em linhas gerais, esse argumento sustenta que o modelo empresarial quando utilizado pelo Estado seria apenas uma das formas jurídicas que este assumiria para atuar sobre a sociedade. Esta atuação se daria em dois âmbitos da ordem econômica, o serviço público e a atividade econômica. Tais âmbitos apresentariam naturezas distintas e dariam ensejo a regulamentações jurídicas diferentes. A partir dessa cisão da ordem econômica em dois âmbitos é que o argumento da dicotomia pretende funcionar como um critério objetivo de definição do regime das estatais.

³ É possível verificar ideias semelhantes a estas em: Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 340-350; Justen Filho, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 107-112; Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 97-98; Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 382 e Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 155, 195 e 197. O rol aqui apresentado busca apenas exemplificar a difusão dessa ideia genérica a respeito do regime jurídico das estatais, sem pretender ser exaustiva.

Quando estivéssemos diante da prestação de um serviço público estaríamos em um âmbito onde as atividades exploradas seriam, a princípio, titularizadas pelo Estado. Ou seja, seriam atividades especiais que, em virtude do “interesse público” envolvido em sua prestação, deveriam ser garantidas pelo Estado. Estas atividades caracterizariam a empresa estatal que as desenvolvesse como “prestadora de serviço público”. Tal categorização teria o efeito de, em tese, excepcionar seu regime jurídico base de direito privado com normas do direito público. A principal razão disso é o entendimento de que a natureza pública desses serviços faria com que incidisse toda uma regulação própria do direito público⁴, atenta a uma racionalidade específica desse ramo de atividades que seria distinta das “racionalidade” das atividades econômicas. Nesse sentido, a opção do Estado em atuar sob a forma empresária acabaria sendo mitigada pela natureza dos serviços prestados.

Por outro lado, teríamos situações em que o Estado optaria por atuar na forma empresarial dentro do ramo da atividade econômica, tida como de titularidade da iniciativa privada e regida pela livre concorrência, o que só poderia ser feito em duas situações excepcionais: ou com o intuito de atender aos imperativos da segurança nacional ou com o objetivo de atender relevantes interesses públicos (art. 173, “caput”, CF). Nestes casos, haveria a prevalência das normas de direito privado, justamente em função de estarmos diante de uma situação em que o Estado atuaria ao lado de empresas oriundas da iniciativa privada. Normas de direito público aqui poderiam ou prejudicar a atuação da empresa estatal perante a concorrência privada ou instituir privilégios estatais que acabariam sendo responsáveis por graves distorções no mercado.

Os critérios oferecidos pela dicotomia foram aceitos como um bom critério para se fixar o regime jurídico pelas estatais. No entanto, acredito que o argumento analisado em sua abstração ainda sofre de um problema de indeterminação.

⁴ Por lógica do direito público refiro-me a incidência de normas que não se aplicam à prestação privada de serviços públicos, em função da empresa estatal, diferentemente das privadas, serem parte integrante da administração pública.

No presente caso, a indeterminação se daria em um “duplo grau”. Em primeiro lugar, as definições teóricas sobre o que seja serviço público e o que seja atividade econômica pecam por uma generalidade que inviabiliza a sua utilização imediata como critério para decisões jurídicas. Ora, nos mesmos termos da questão das definições doutrinárias dos regimes jurídicos em abstrato, saberíamos que se estivermos diante de um serviço público, aplica-se com maior intensidade o regime de direito público. Mas o que é concretamente um serviço público? Quais são suas características fundamentais? O que nos permite diferenciar a prestação de um serviço público sob a forma empresária de exploração empresarial da atividade econômica em sentido estrito? As mesmas perguntas se aplicariam à ideia de atividade econômica. Ou seja, a dicotomia, já de início, pauta-se em dois conceitos ainda disputados no direito administrativo.

Nesse sentido, a dicotomia não fornece, a priori, critérios firmes para definir certas questões importantes para a atuação das empresas estatais e que teriam consequências diretas sobre a ordem econômica brasileira. Estariam em aberto questões sobre o dever de licitar das estatais, sobre o regime de contratação de seus funcionários, sobre o regime de tributação a que estas se submeteriam e às finalidades que orientariam sua atuação empresarial, dentre outras de igual importância.

A segunda indeterminação está relacionada com a própria ideia de prevalência de um regime jurídico público ou privado, muitas vezes expressada também na ideia de “maior incidência das normas de direito público ou privado” sobre as empresas estatais prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica. O problema decorreria do fato das assertivas acima descritas apenas informarem uma maior incidência do direito público para as estatais prestadoras de serviço público e um regime de direito privado para a exploração de atividade econômica.

Porém, o que significa esse maior ou menor grau de incidência? Até onde essas normas de direito público não estariam violando a livre concorrência, seja por estar prejudicando seja por estar beneficiando as estatais? São questionamentos que permanecem em aberto em um campo

que pode apresentar consequências sobre a própria opção política do Estado em escolher a forma empresarial para atuar em certos âmbitos da vida social, comprometendo, por exemplo, a própria celeridade na prestação dos serviços pelas estatais.

Inevitavelmente, diante desse contexto de incerteza no plano teórico e também legislativo, quem tem definido contornos mais claros para os questionamentos anteriormente expostos, em relação à dicotomia serviço público *versus* atividade econômica na definição da forma de incidência do regime jurídico das estatais sobre os casos concretos, tem sido o Poder Judiciário. Diante dos conflitos judiciais que tem sua origem em questões que orbitam o regime das empresas estatais, os magistrados tem adotado a dicotomia como um critério decisório e, para tanto, tratam de conferir contornos mais concretos para os termos da dicotomia. Na decisão cotidiana de conflitos a partir da dicotomia, o Judiciário tem encarado os problemas de indeterminação que apontamos acima.

O fato do Judiciário ter absorvido esse argumento para, a partir dele, delimitar o regime jurídico das empresas estatais, indica a importância de um estudo jurisprudencial a seu respeito, para que se possa identificar o que se tem feito com o regime jurídico das empresas estatais nos tribunais brasileiros a partir da dicotomia. No entanto, a presente pesquisa apresenta um recorte exclusivo no Supremo Tribunal Federal (STF), que deve ser justificado.

Concentrar esforços na Corte Constitucional é uma opção que faço na presente pesquisa por duas razões. A primeira delas é o fato do STF apresentar mecanismos processuais que conferem a suas decisões uma força de replicação de teses sobre todo o Judiciário brasileiro, inclusive, a partir da repercussão geral, em processos ditos subjetivos, que são a maioria no casos envolvendo o argumento estudado.

Apesar dessa posição de cúpula do Supremo ser argumento atrativo para concentrar a pesquisa em sua jurisprudência, uma segunda razão fundamenta essa opção pela Corte Constitucional. A dicotomia que pretendo estudar, pelo menos nos termos em que se costuma expô-la na doutrina, é

fundamentada na Constituição. A cisão entre serviço público e atividade econômica calca-se nos artigos 173 e 175 da Constituição, sendo que entende-se que o primeiro deles definiria o regime jurídico das atividades econômicas, determinando as hipóteses em que o Estado poderia intervir nesse âmbito (art. 173, "caput") e o regime jurídico dessa intervenção (art. 173, §§ 1º, 2º, 4º e 5º).

A ideia que apresentamos acima como sendo a caracterização das atividades econômicas supostamente encontraria respaldo normativo neste artigo constitucional, sendo que os parágrafos do dispositivo evidenciariam a exigência de uma equiparação de regimes entre empresas privadas e empresas estatais quando estas atuassem nas atividades econômicas.

Por outro lado, o art. 175 ao prever que a prestação de serviços públicos incumbe diretamente ao Estado, podendo este concedê-lo à iniciativa privada mediante concessão, permissão ou autorização, teria delimitado o campo do serviço público. Este apresentaria a especificidade de ser de titularidade estatal, regido por um regramento de direito público, e por constituir um campo inacessível à livre iniciativa.

Diante disso, o argumento que pretendo analisar teria abrigo constitucional, sendo mais provável que fosse mais utilizado na Corte que lida em específico com questões constitucionais.

Apresentado o tema e justificada minha escolha pelo STF, cumpre agora evidenciar aquilo que pretendo responder com a análise das dicotomia em comento na jurisprudência da referida Corte Constitucional.

b) Delimitando o Problema

O quadro apresentado no tópico anterior me fez levantar algumas questões sobre o tema e que aqui serão apresentadas como meus problemas de pesquisa. Parto de uma pergunta que me norteará durante a monografia: "Como tem funcionado a dicotomia empresa estatal prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal?". Esta questão advém de uma preocupação que se relaciona diretamente com a indeterminação teórica da dicotomia. Por mais que seu objetivo primeiro seja o de funcionar como um instrumento na definição do

regime jurídico das estatais, sua imprecisão me faz perguntar como tem se dado a concretização de seus termos? Com que tipo de argumentos ela se associa? Há algum padrão na utilização desses argumentos pelo STF?

No entanto, apenas a identificação de como tem sido caracterizada essa dicotomia pelo Supremo Tribunal Federal não é suficiente para se compreender a “mecânica” do argumento na Corte. É preciso ainda realizar uma avaliação das consequências que o Tribunal tem estabelecido para o regime jurídico das estatais a partir da dicotomia. Definindo-se esses termos, teremos elementos para uma análise crítica do funcionamento da dicotomia na argumentação do Supremo Tribunal Federal.

A partir de minha pergunta genérica, busquei subdividir a pesquisa em três núcleos de perguntas que acredito serem capazes de delimitar os problemas que pretendo investigar. Nos dois primeiros núcleos de perguntas buscarei averiguar como o Tribunal tem construído a dicotomia e quais têm sido as consequências fixadas para as estatais a partir dela. Ambos serão organizados a partir de uma pergunta central, que se subdividirá em perguntas subsidiárias.

Nesse sentido, o primeiro núcleo de perguntas que vislumbro remete à delimitação do uso da referida dicotomia pelo STF. Dentro deste núcleo verifico como pergunta central e “perguntas subsidiárias” as que seguem:

- I. Como o STF tem delimitado a dicotomia empresas estatais prestadoras de serviços públicos versus empresas estatais exploradoras de atividade econômica?
 - a. Quais os argumentos que evidenciam os critérios de diferenciação entre estas duas espécies de empresas estatais?
 - b. Eles são fundamentados no art. 173 e art. 175 da Constituição?
 - c. Há alguma diferença entre os casos julgados antes da Emenda Constitucional 19/98⁵ e os julgados depois desta?

⁵ A Emenda Constitucional 19 promoveu uma importante reforma administrativa no Brasil, atingindo também as estatais. O efeito desta emenda sobre o art. 173 foi o de esmiuçar o que

d. O STF constrói uma dicotomia sólida para a solução dos casos concretos?

e. Quais as matérias dos casos em que o STF tem aplicado esta dicotomia?

f. É possível verificar um padrão que defina as situações e o modo em que o STF usa a dicotomia?

Já o segundo núcleo de perguntas se relaciona com a dimensão das consequências do uso da dicotomia pelo STF sobre o regime jurídico das estatais. Nesse caso, a pergunta central e suas subdivisões serão:

II. Quais têm sido as consequências da aplicação desta distinção?

a. Temos apenas a aproximação do regime jurídico das estatais ao direito público e/ou ao direito privado?

b. Há alguma relação entre a classificação das atividades das empresas estatais e as normas que o STF permite que incidam sobre o regime jurídico destas?

c. A autorização da incidência de certos tipos de normas sobre o regime jurídico das estatais tem sido estendida para todas as que tenham atividades de mesma natureza ou se restringem à empresa envolvida no caso?

Ao final, pretendo ainda responder uma terceira questão que seria a questão geral dessa pesquisa, a saber:

III. Como tem funcionado a dicotomia empresa estatal prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica?

Esta não se subdividirá em perguntas menores, pois pretendo fazer dessa pergunta uma síntese crítica do uso pelo Tribunal da dicotomia que se pautará nas informações obtidas a partir dos núcleos de perguntas acima delineados.

a legislação infraconstitucional deveria regular como sendo o estatuto jurídico das estatais exploradoras de atividade econômica. A partir de uma leitura do artigo após a emenda, temos que ela buscou realçar os pontos onde o direito privado deveria incidir mais fortemente e os pontos onde o direito público poderia incidir. Diante disso, acredito ser relevante investigar os efeitos que esta emenda pode ter tido sobre a forma de decidir do STF.

Em síntese, minha pesquisa buscará identificar como o STF tem caracterizado os termos da dicotomia, ou seja, o que faz de uma atividade um serviço público ou uma atividade econômica. Além disso, buscarei identificar quais tem sido as consequências imputadas para o regime jurídico das estatais a partir da dicotomia. Por fim, a partir dessas informações obtidas, procederei a uma análise crítica do uso dessa dicotomia pelo Tribunal, buscando analisar criticamente a “mecânica” desse argumento na jurisprudência do STF.

c) Qual a relevância de se compreender o que é a dicotomia empresa estatal prestadora de serviço público e empresa estatal exploradora de atividade econômica na jurisprudência do STF?

Nos tópicos anteriores desta introdução busquei expor, em termos formais, a tensão teórica que subjaz o tema desta pesquisa. A exposição feita em abstrato pode dar ensejo à ideia de que estamos diante de um tema sem implicações reais, fazendo desta pesquisa, apesar de jurisprudencial, um exercício de abstração. Para afastar essa percepção equivocada sobre o tema, pretendo no presente capítulo situar meu tema na realidade.

O conhecido processo de privatização que atravessou o país ao longo da década de 1990 costuma dar a impressão de que as estatais teriam sido superadas. Sensação esta que foi reforçada no período pelas fortes críticas direcionadas a seu desempenho econômico, a utilização política de seus recursos e também de seus cargos. De fato, não há como negar que a atmosfera de desestatização dos anos 1990 promoveu um arrefecimento na utilização das estatais pelo governo, que havia atingido seu auge nas décadas

de 1970 e 1980. Apenas na esfera federal, o número de empresas estatais caiu de 202 em 1989 para 96 em 1999.⁶⁻⁷

A despeito desse processo, não podemos concluir que as estatais não tenham relevância alguma no atual contexto brasileiro. Uma primeira razão para se pensar assim é também numérica. Apesar da expressiva redução do número de estatais ao longo dos anos 1990, temos indícios de um retorno do Estado empresário, marcado pelo aumento do número de estatais federais registrado no Brasil entre 1999 e 2012. No período, passamos de 96 estatais federais para cerca de 142.⁸ Mesmo que esses números sejam referentes apenas ao nível federal, o aumento não pode ser desconsiderado como um possível indício de que as estatais voltam a ganhar terreno no cenário nacional.

No entanto, a relevância das estatais não está apenas em sua quantificação no Estado brasileiro. As estatais historicamente se revelam como um mecanismo de políticas econômicas do governo. Sua utilização começou a ser mais frequente a partir da década de 1940, quando passaram a compor uma política de industrialização do país encabeçada pelo presidente Getúlio Vargas e inaugurada com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) em 1941. Desde então, o uso das estatais passou a refletir a relação notória entre o Estado e o desenvolvimento de nosso capitalismo.

⁶ Informações obtidas no artigo "*Tamanho do governo brasileiro: conceito e medidas*" de Vladimir Fernandes Maciel e Paulo Roberto Arvate publicado em Revista de Administração Contemporânea, vol. 14, n.º 1, Curitiba, 2010 e disponibilizado em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65552010000100002&script=sci_arttext>. Os autores elaboraram tabela com o número de empresas estatais federais cobrindo o período de 1985 à 2006, tomando por base os relatórios anuais de execução orçamentária das empresas estatais publicados pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), disponíveis a partir de 2004 no "site": <<http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=4&ler=s250>>. Ambos os endereços eletrônicos foram acessados em 05 de setembro de 2013.

⁷ Cumpre observar também que a redução do número de estatais não foi uma obra exclusiva das privatizações, o Estado também promoveu a extinção de algumas delas. Para dados a respeito das estatais liquidadas ver: <<http://destnet.planejamento.gov.br/Dados%20e%20estatisticas/universo-das-estatais/empresas-estatais-extintas/view>>. Acesso em 05 de setembro de 2013.

⁸ O número de empresas estatais por setor de atuação controladas pela União e acompanhadas pelo DEST em 2012 pode ser encontrado em: <<http://destnet.planejamento.gov.br/Dados%20e%20estatisticas/universo-das-estatais/empresas-por-setor-de-atividades/view>>. Acesso em 05 de setembro de 2013.

Essa relação, mesmo que mitigada, ainda hoje se faz presente, evidenciando-se na utilização estratégica das estatais para fins de política econômica. O instituto Contas Abertas divulgou dados revelando que cerca de 64% dos investimentos feitos até 31/05/2013 pela administração pública federal foram promovidos pelas empresas estatais.⁹ Além disso, projetos que hoje compõem a pauta do governo federal, como por exemplo, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) contam com investimentos expressivos das empresas estatais.

A ELETROBRÁS, por exemplo, anunciava em seu "site" que planejava investir cerca de R\$ 114 bilhões entre 2010 e 2013 no programa PAC Transmissão de Energia Elétrica, estendendo sua malha elétrica em mais de 10.400 km pelo país. No mesmo período a estatal informa que investiria cerca de R\$ 41 bilhões no PAC Geração de Energia Elétrica, em projetos que deveriam ser executados entre 2011 e 2015.¹⁰ Outra estatal que tem atuado fortemente nas políticas governamentais do PAC é a PETROBRÁS. A estatal, como se noticia, foi responsável em 2012 por cerca de 75%¹¹ do total de investimentos feitos por empresas estatais e privadas no programa. A petrolífera ainda promete em seu balanço de investimentos no PAC-2 apresentado em novembro de 2011 que nos três anos seguintes (até 2014) a empresa investiria cerca de R\$ 300 bilhões no programa.¹²

⁹ Dados disponíveis em: [http://www.contasabertas.com.br/web"site"/noticias/arquivos/1623_SG%20-%20ESTATAISxUNIAO%20-%202001%20A%202013%20-%20ATE%2031-05.pdf](http://www.contasabertas.com.br/web%20site/noticias/arquivos/1623_SG%20-%20ESTATAISxUNIAO%20-%202001%20A%202013%20-%20ATE%2031-05.pdf)

. Acesso em 05 de setembro de 2013. A porcentagem informada não decorre da tabela mas sim da divisão dos investimentos feitos pelas estatais federais pelo valor total de investimentos promovidos pela Administração Federal.

¹⁰ Dados disponíveis em: <http://www.elektrobras.com/elb/data/Pages/LUMISFB958D62PTBRIE.htm>. Acesso em 05 de setembro de 2013. Cumpre ressaltar que é possível que esses valores tenham se alterado, uma vez que o "site" só disponibiliza uma tabela de planejamento dos investimentos atualizada até setembro de 2010.

¹¹Hessel, Rosana. "Petrobrás é responsável por 75% do total de investimentos do PAC". Correio Braziliense, 23.02.2013, disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2013/02/23/internas_economia,351119/petrobras-e-responsavel-por-75-do-total-de-investimentos-do-pac.shtml.

Acessado em 05 de setembro de 2013.

¹² O projeto foi noticiado pela agência da própria estatal, disponibilizando-se também a apresentação do balanço dos investimentos da empresa estatal no PAC – 2. Ambos podem ser acessados em:

http://www.agenciapetrobras.com.br/materia.asp?id_editoria=8&id_noticia=10905
Acesso em 05 de setembro de 2013.

Estes não foram fenômenos isolados, as estatais de modo geral têm aumentado seus dispêndios, sendo que em 2012 essa tendência resultou no maior gasto da história com investimentos para as estatais federais. De acordo com notícias veiculadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em 2012 92,7% do montante reservado para as estatais foi destinado a investimentos¹³. O relatório de execução de orçamento para as estatais referente ao primeiro trimestre de 2013 indica que a tendência percebida em 2012 se estende também sobre esse ano. O órgão ministerial noticia que as estatais apresentaram o “melhor primeiro trimestre da história”, investindo já no início do ano 19,1% do total orçado para 2013¹⁴.

O desempenho desse papel econômico não se dá no vácuo, como busquei evidenciar no primeiro tópico desta introdução, pois a atuação das empresas estatais envolve a operação de uma arquitetura jurídica complexa e de difícil demarcação. O fato desta arquitetura ser forjada em parte pelo STF, significa que esta Corte pode estar interferindo diretamente no papel estratégico que as estatais apresentam para as políticas governamentais, tornando-se importante entender como o regime jurídico destas entidades vem sendo determinado pelos tribunais.

Decisões inconsistentes podem acabar produzindo efeitos disfuncionais para as empresas estatais, repercutindo em uma escala mais ampla sobre as políticas econômicas do governo. A relevância de se estudar o argumento da dicotomia empresa estatal exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público se situa exatamente nesse ponto, uma vez que ela é o modelo teórico que acabou sendo absorvido pelo STF com o intuito de se permitir a definição do regime jurídico das estatais. A consistência ou inconsistência desse argumento dentro da Corte pode representar sucessos

¹³ BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. “*Estatais Federais têm investimento recorde*”. 30.01.2013, disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=9327>>. Acessado em 05 de setembro de 2013.

¹⁴ BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. “*Estatais: O melhor trimestre da história*”. 02.05.2013, disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=9744>>. Acessado em 05 de setembro de 2013.

ou perplexidades para se definir o próprio regime jurídico das empresas controladas pelo Estado.

Além da possibilidade de afetação da posição estratégica das estatais pela jurisprudência do STF, temos uma segunda razão que evidencia a relevância deste tema. Ao lidar com o argumento da dicotomia estatais de serviço público e estatais de atividade econômica, a Corte estará determinando o regime jurídico de estatais que se inserem em mercados específicos, relacionando-se nestes com outros entes que de alguma maneira também atuam nesses setores. Sendo assim, determinar o regime jurídico que irá reger as estatais poderá significar uma interferência também nas relações que estas estabelecem com terceiros em seus âmbitos de atuação, e mais, em alguns casos podemos até mesmo ter uma contribuição da Corte para a conformação do próprio mercado em que a estatal atua.

Em síntese, o tema é relevante e merecedor de estudos por apresentar uma potencialidade de afetação não só do modelo jurídico das estatais em si, mas também de toda a sua funcionalidade para o Estado e dos meios em que estas entidades desempenham suas atividades.

2. Metodologia

Pretendo analisar um argumento em específico que vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para decidir casos atinentes ao regime jurídico das estatais. Partindo desse ponto, minha metodologia será pautada na análise do material jurisprudencial a respeito do tema disponível no item "jurisprudência, localizado no "site" do STF¹⁵.

Para acessar esse material, utilizei o motor de buscas disponibilizado neste endereço eletrônico para conseguir, a partir do uso de argumentos de busca adequados, formar um universo amostral de acórdãos que verse sobre a controvérsia que pretendo estudar. O desafio neste tipo de pesquisa é exatamente encontrar os termos de busca adequados, ou seja, que ofereçam a garantia de que o universo amostral selecionado é exaustivo diante da grande quantidade de casos julgados e disponibilizados pela Corte em seu

¹⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

endereço eletrônico. A sutileza se encontra em não deixar nada que importe para o seu tema fora de seu material de análise.

Para tanto, utilizei-me de oito argumentos de pesquisa, inicialmente lançados ao motor de buscas do "site" sem o filtro "decisões monocráticas". Os argumentos utilizados e os seus respectivos resultados foram:

- i. Empresa adj2¹⁶ estatal e serviço adj2 público e regime adj2 jurídico (11 acórdãos)
- ii. Empresa adj2 estatal e atividade adj2 econômica e regime adj2 jurídico (10 acórdãos)
- iii. Empresa adj2 estatal e serviço adj2 público (26 acórdãos)
- iv. Empresa adj2 estatal e atividade adj2 econômica (20 acórdãos)
- v. Sociedade adj2 de adj2 economia adj2 mista e serviço adj2 público (61 acórdãos)
- vi. Sociedade adj2 de adj2 economia adj2 mista e atividade adj2 econômica (29 acórdãos)
- vii. Empresa adj2 pública e serviço adj2 público (68 acórdãos)
- viii. Empresa adj2 pública e atividade adj2 econômica (48 acórdãos)

O universo inicial que encontrei a partir destas chaves de pesquisa resultou em um total de 273 acórdãos para serem analisados. No entanto, a

¹⁶ "Adj" é um instrumento utilizado pelo motor de buscas do STF para apresentar resultados mais próximos daquilo que efetivamente se quer pesquisar. Ele é inserido entre as palavras do argumento de busca para que só apareçam no resultado da pesquisa acórdãos em que as palavras entre as quais se inseriu a ferramenta "adj" apareçam juntas. A distância entre as palavras é determinada pelo número que se insere logo após a expressão "adj". Por exemplo, se utilizo a palavra "empresa" no motor de buscas do STF, os resultados incluirão todos os acórdãos que versem sobre empresas, sejam elas privadas ou estatais, dizendo respeito a variados temas. No entanto se insiro "empresas adj2 estatais", realizo um reCorte no universo de acórdãos a ser apresentados. Determino que o "site" busque por casos em que a palavra "empresa" preceda a palavra estatal e que esta última esteja no máximo a duas palavras de distância da palavra "empresa". Com esse operador de pesquisa, consegui, portanto, delimitar melhor o universo de acórdãos, facilitando a seleção daqueles que venham a ser úteis ou não para minha pesquisa. Uma explicação breve a respeito deste operador de pesquisa pode ser encontrada no próprio "site" da instituição: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

partir da leitura das ementas e da estipulação filtros temporais, que serão explicados mais abaixo, foi possível reduzir consideravelmente esse número inicial.

A partir de uma primeira leitura das ementas pude afastar a preocupação de que esse número elevado de acórdãos fosse “real”, pois notei que as expressões da dicotomia estudada costumavam aparecer sempre juntas. Ou seja, independentemente do tipo de empresa estatal e da natureza de sua atividade no caso, os Ministros levavam para a ementa ambas as expressões que compõem a dicotomia, o que faz com que cada termo de pesquisa apresente como resultado da busca um grande número de decisões também abarcadas por outros termos. Portanto, boa parte dos 273 acórdãos encontrados eram acórdãos repetidos. Isso se confirmou na medida em que procedi ao cruzamento dos resultados obtidos por cada termo de pesquisa. A partir destes cruzamentos verifiquei 103 repetições de caso, o que reduzia meu universo para 170 acórdãos.

Passei então à leitura das ementas para verificar quantos dos 170 casos tratavam realmente da dicotomia que pretendo estudar. Para a seleção dos casos a partir da leitura das ementas, utilizei-me de um critério bastante abrangente. De maneira geral, bastava que a ementa indicasse que se tratava de empresa estatal envolvida no caso (empresa pública ou sociedade de economia mista ou genericamente empresa estatal), definisse a natureza de sua atividade (serviço público ou atividade econômica) e estipulasse, em função dessa natureza, algum tipo de consequência sobre seu regime jurídico (insubmissão ao regime de precatórios, incidência da imunidade tributária recíproca, por exemplo). A título de exemplo podemos trazer dois trechos que indicam nosso método de seleção. O primeiro é extraído da ementa da ADI 1.642/MG:

"[...] DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO

*ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO
FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS [...]*

2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil ao regime jurídico próprio das empresas privadas”.

Nesse caso pudemos vislumbrar que a ementa sugere uma distinção entre as empresas estatais a partir da natureza de suas atividades e na sequência imputa uma consequência, em função da natureza dessa atividade, sobre o regime jurídico delas. Neste caso da ADI 1642/MG, foi feita a distinção entre os dois elementos da dicotomia, ou seja, diferenciou-se empresa estatal de serviço público e empresa estatal exploradora de atividade econômica. Porém, em meu critério de seleção dos casos, bastava a caracterização de um deles para que o caso fosse incluído no universo amostral. Nesse sentido, temos exemplo na ementa do Agravo Regimental no RE 596.729/SC:

“EMPRESA PÚBLICA FEDERAL PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. EXTENSÃO DOS BENEFÍCIOS DA FAZENDA PÚBLICA”. II - Este Tribunal possui entendimento no sentido de que o art. 173, § 2º, da Constituição não se aplica às empresas públicas prestadoras de serviços públicos.”

A partir dessa leitura de ementas, fui capaz de excluir 84 casos, que versavam sobre temas correlatos ao regime jurídico das estatais, mas que não utilizavam da dicotomia para decidir o caso. Em geral, eram casos sobre o regime trabalhista dos empregados de determinadas empresas estatais, sobre a possibilidade de se aproveitar, em outros órgãos da administração pública funcionários de estatais extintas. Estes últimos casos acabavam adentrando no universo por se referirem ao tempo de “serviço público”

prestado pelo funcionário. Enfim, foram excluídos casos que de algum modo se relacionavam com as empresas estatais, mas que não tinham relação com a natureza das atividades das estatais, não se aplicando a dicotomia como um argumento para a decisão do regime jurídico das estatais. Sendo assim, meu universo se reduziu para 86 casos.

Por fim, para proceder a uma seleção mais precisa dos acórdãos pertinentes a minha pesquisa entendi ser interessante definir um recorte temporal, tomando como marco o início da vigência da Constituição de 1988. Essa decisão não foi fruto de uma opção aleatória, a tomei pautando-me na percepção de que o debate a respeito da atividade econômica ou do serviço público, apesar de ser anterior a atual Constituição, em termos normativos tem se desenvolvido a partir de dois artigos da atual Carta, em específico, a partir dos artigos 173 e 175. Desse modo, seria mais interessante conformar um campo de pesquisa para este trabalho que estivesse inserido dentro dos parâmetros normativos atuais desta discussão.

Uma segunda razão que me levou a adotar a Constituição de 1988 como marco temporal inicial para a pesquisa foi o fato de que os casos anteriores a ela, disponibilizados pelo "site" do STF, costumavam apresentar a distinção entre o serviço público e a atividade econômica em termos distintos dos apresentados contemporaneamente. A dicotomia não parecia ser exatamente "empresa estatal prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica". A leitura das ementas sugeria que o debate era mais específico, pois a Corte não se valia do gênero "empresa estatal de serviço público". Meus resultados de busca no "site" do STF indicavam que se debatia muito a questão das sociedades de economia mista na prestação de serviço público, ou a extensão de prerrogativas estatais para empresas que viessem a prestar serviços para sociedades de economia mista. Surgiram também casos envolvendo concessionárias de serviços públicos e também funcionários do "serviço público", como sinônimo de servidores públicos. Diante desse quadro, entendi que os acórdãos anteriores à 05/10/1988 não seriam um campo seguro para a análise crítica do argumento que pretendo analisar na presente monografia.

A partir desse recorte foi possível excluir mais 30 casos de nosso universo, de modo tal que o universo final resultou em 56 acórdãos. No entanto, na medida em que avancei na leitura do material, verifiquei que surgiam muitos recursos sobre os julgados do próprio STF em meu universo. Isso indicava que existiam os casos recorridos que também poderiam utilizar-se da dicotomia para decidir o regime jurídico das estatais. De modo que, para cada recurso que encontrava em meu universo, busquei mapear o histórico desse caso no STF, para assim poder verificar a aplicação pela Corte do argumento em suas diversas facetas de manifestação processual. Por exemplo, se encontrava um Agravo Regimental em meu universo, buscava pelo Recurso Extraordinário agravado e outros eventuais recursos sobre a mesma controvérsia, desde que tivessem sido julgados por órgãos colegiados do STF (Primeira ou Segunda Turmas ou Plenário do STF). Desse modo, meu universo de casos analisados aumentou mais uma vez de 56 para 83 casos.

Esse número final de acórdãos no entanto, ainda foi reduzido pelo fato da leitura do inteiro teor de alguns acórdãos revelar que muitas vezes apesar da citação feita na ementa, o argumento acaba assumindo importância meramente lateral, não tendo relevância para a resolução do caso. Ou seja, o argumento aparece como "obiter dictum" e não como "ratio decidendi". Isso permitiu que os seguintes casos fossem excluídos de nosso universo.

Nas ADIs 3.366/DF e 3.273/DF, que questionavam a constitucionalidade da Lei do Petróleo, temos o argumento da dicotomia surgindo exclusivamente no voto do Ministro Eros Grau e em um trecho muito breve para se afirmar que definitivamente o argumento foi utilizado pela Corte. O argumento acabou constando da ementa pelo fato de o referido Ministro ter sido designado o redator para o acórdão.

Por outro lado, na ADI 234/RJ, temos questão a respeito da possibilidade de alienação por Estado membro da federação das ações de empresa estatal sem o crivo da assembleia legislativa local. A controvérsia acaba resolvida pela Corte via argumentos de separação de poderes, não se debatendo a influência que a natureza da atividade da empresa estatal tem para a determinação de seu regime jurídico.

Por sua vez, a ADI 1.515/DF, onde se questionava a constitucionalidade da fixação do valor de adiantamento da remuneração de férias dos empregados das empresas estatais distratais, também foi excluída de nosso universo. O Ministro Sidney Sanches, único a juntar voto aos autos, define o caso argumentando com base na personalidade jurídica de direito privado da empresa estatal, rememorando o art. 173 da Constituição, que determinaria uma equiparação das estatais com as empresas privadas. Nesse sentido, não se debate a correlação entre atividades e regime jurídico das empresas estatais. Tampouco se promove uma cisão entre atividade econômica e serviço público a partir dos dispositivos constitucionais, o que torna o acórdão de pouca utilidade para a presente pesquisa.

Ainda exclui de meu universo a ADI 1.642/MG. Esta questionava a constitucionalidade de norma constitucional estadual que exigia a aprovação pela Assembleia Legislativa do provimento de diretoria das empresas estatais mineiras. A dicotomia efetivamente aparece no voto vencedor do caso, no entanto, ela é caracterizada apenas com o intuito de revelar que sua utilização não é pertinente ao caso. Ou seja, caracteriza-se a dicotomia para logo em sequência descarta-la. Por isso, o caso perde utilidade para esta pesquisa.

Também exclui o AgR – AI 690.242/SP, que versa sobre a imunidade tributária da ECT, pelo fato de este ser resolvido com base em argumentos formais. Segundo o Ministro Lewandowski, único a juntar voto aos autos, o recurso não apresentaria argumentos novos para ensejar uma revisão do julgado anterior. Essa é a “ratio decidendi” do caso, o que impede seu uso na presente pesquisa.

Outro agravo regimental foi excluído por não apresentar argumentos relativos à natureza das empresas estatais e sobre sua correlação com o regime jurídico aplicável à atuação delas. Refiro-me ao AgR – AI 249.043/PE, no qual se debatia a incidência do regime estatutário aos trabalhadores do Banco do Estado de Pernambuco (Bandepe). A controvérsia foi resolvida pelo Ministro Moreira Alves com o argumento de que o regime de concurso público não seria compatível com o regime das sociedades de economia mista e

empresas públicas em geral por força do art. 173. Ou seja, há uma leitura que não preconiza a distinção entre estatais de serviço público ou de atividade econômica e tampouco se preocupa com a natureza das atividades das estatais.

Por sua vez, excluimos ainda o caso do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), o RE 115.062/RS, porque este foi julgado em 1989, mas ainda sob os preceitos da Emenda Constitucional de 1969, o que situa o caso fora de nosso marco temporal, que é a vigência da Constituição de 1988.

Por fim, cumpre mencionar também a exclusão do AgR – RE 153.192/RJ, pelo fato deste também ter sido resolvido em seu mérito a partir da “relevância do caso concreto” para o regime jurídico da Companhia das Docas do RJ (DOCAS – RJ), sem tecer considerações sobre a dicotomia.

Esse foi o processo de seleção para os acórdãos, ou seja, dos casos que apareciam como resultado de buscas no “site” do STF, excluindo-se da base de busca o universo das decisões monocráticas. O resultado total de acórdãos selecionados foram os 74 que aparecem listados no Anexo I da pesquisa. Passo agora a justificar a exclusão das decisões monocráticas da presente pesquisa.

Não analisar as decisões monocráticas é uma decisão que tomo por entender que esse universo de casos, apesar de pertinente ao tema, não apresentará contribuições centrais para a presente pesquisa. Isso porque pretendo desenvolver uma análise de argumentos a respeito da dicotomia, sendo mais interessante para essa finalidade observar as decisões colegiadas, onde pelo menos em tese, tende a surgir pluralidade de argumentos, justamente por existir um número maior de pessoas em debate. Dessa maneira, o enfoque nas decisões tomadas pelo Plenário da Corte e pelas Turmas, representaria um importante campo de análise.

As decisões monocráticas, por sua vez, tendem a ser documentos pobres em argumentação, até mesmo pelos limites legislativos para a sua realização. Estas só poderão ser tomadas, em sede de Recurso Extraordinário, por exemplo, nos termos do art. 557, “caput” e § 1º - A e,

no caso do STF, nos termos do artigo 21, §§ 1º e 2º de seu Regimento Interno. Ambas as disposições autorizam ao relator do recurso extraordinário a decidir monocraticamente quando a decisão recorrida for contrária a jurisprudência dominante, súmula vinculante ou Recurso Extraordinário julgado com repercussão geral. Portanto teríamos decisões de repetição da argumentação definida pelas decisões colegiadas.

Pude confirmar essa pobreza argumentativa em uma análise dos resultados apresentados pelo “site” do STF a partir do filtro para as decisões monocráticas. Notei que efetivamente não surgem novos argumentos, mas novas situações em que o argumento é replicado pelos ministros. Nesse sentido, o campo das monocráticas seria interessante para verificar a variedade de hipóteses em que a Corte vem aplicando o argumento, e até mesmo para medir a extensão do efeito replicador das teses, a respeito da dicotomia, fixadas pelos colegiados. No entanto, essa tarefa em si já representaria um novo esforço de pesquisa, ou melhor, já forneceria material de análise para uma nova pesquisa a respeito do tema. Além disso, essa replicação de teses não é exclusiva das monocráticas, os ministros também o fazem nos julgamentos colegiados. Portanto, entendo que a análise das monocráticas teria um caráter complementar a esta pesquisa, mas não seria um elemento essencial.

Outro fator que me leva a excluir as decisões monocráticas de meu universo de pesquisa é o fato destas aparecerem em grande número na Corte. Utilizando-me das mesmas oito chaves de pesquisa obtive um total de 1.547 decisões. No entanto, como já havíamos destacado na delimitação das decisões colegiadas, nossas chaves de pesquisa acabam por abarcar uma série de decisões repetidas. Além disso, o termo serviço público acaba por inserir uma série de casos em que os ministros decidem monocraticamente, mas que não apresentam relação alguma com o tema aqui desenvolvido.

Desse modo, o efeito disso foi que após uma seleção dos casos feita nos mesmos termos da escolha das decisões colegiadas acima exposto, restaram 273 decisões monocráticas. Apesar de serem monocráticas, o que significa que são decisões mais simples, acredito que analisá-las não seria

essencial para esta pesquisa. Desse modo, opto, pelas razões acima em focar meus esforços nas deliberações colegiadas da Corte. Ao optar por este caminho, assumo o ônus de restringir a minha capacidade de generalizar as conclusões dessa pesquisa que estarão atreladas aos órgãos colegiados do STF (turmas e Plenário).

Feita a definição do material a ser estudado, passei para a sua análise. Esta foi realizada com base em um modelo de fichas, nas quais busquei contemplar questões que me permitissem extrair dos acórdãos efetivamente as informações relevantes para minhas perguntas. Seu resultado final pode ser encontrado no anexo II desta pesquisa.

Cumprе ressaltar que não adotei nenhum ponto de partida teórico para minha análise da dicotomia e tampouco sobre a dicotomia em si. Apesar de o tema ser uma criação doutrinária, busquei entender o argumento na forma como a prática do Tribunal o modelou. A partir disso, busquei correlacionar a forma com que o argumento foi desenvolvido e sua conformação final com os possíveis pontos de crítica que poderiam afetá-lo, e isso tanto em termos da deliberação da Corte que o definiu, em termos da clareza do dispositivo final e também, na medida do possível, com a realidade em que essa decisão interveio.

Como último ponto metodológico, cumpre destacar que minhas análises se dividirão em momentos da dicotomia que pude identificar na jurisprudência do STF. Em cada um desses momentos, apresentarei os casos de cada estatal em separado. Isso porque a maior parte dos acórdãos que fazem parte do universo de casos selecionados são prolatados em processos subjetivos, ou seja, cujos efeitos são, ainda que essa tese venha sendo relativizada nos últimos anos, apenas para as partes envolvidas. Portanto, buscarei verificar como cada estatal foi sendo modelada pelo STF na medida em que foi se vinculando às decisões em processos subjetivos da Corte. A escassez de ações concentradas impede que presumamos que a Corte estaria fixando uma tese em abstrato para todos, por isso, volto a ressaltar, a importância de se subdividir a análise da jurisprudência do STF de acordo com as empresas estatais envolvidas nos litígios.

A partir das informações extraídas dos acórdãos iniciei a análise crítica do material. O resultado destas reflexões será exposto a seguir, com os capítulos sobre como a jurisprudência do STF tem delimitado a dicotomia empresa estatal prestadora de serviço público e empresa estatal exploradora de atividade econômica na questão da definição do regime jurídico destas entidades da administração indireta.

3. Delimitando as bases da dicotomia – Uma Descrição da Jurisprudência nos Casos ECT

Os casos da ECT assumiram papel central na delimitação do que é o argumento da dicotomia dentro do Supremo Tribunal Federal. A centralidade desses casos decorre do fato da Corte ter passado a adotá-los como referencial para julgar outros casos envolvendo empresas estatais. É possível dizer que os casos da ECT foram os *leading cases* para definir os contornos centrais da dicotomia, que passaram a ser replicados nos casos das demais estatais.

Este capítulo pretende apresentar um panorama sobre os casos dos Correios em que o STF utilizou o argumento, e quais as suas conformações finais após estes casos. Em virtude de a Corte ter trabalhado a dicotomia em casos com controvérsias diferentes, busquei segmentar esse capítulo de acordo com os temas dos julgamentos. Iniciarei com a exposição da evolução jurisprudencial nos casos da impenhorabilidade de bens da ECT. Em segundo tópico apresento os casos da imunidade tributária e encerrarei o capítulo com uma breve descrição da ADPF 46/DF. No capítulo seguinte, pretendo dissecar a forma como o argumento da dicotomia foi utilizado pela Corte.

a) Impenhorabilidade de Bens e Regime de Precatórios para a ECT

O entendimento atual do STF a respeito da impenhorabilidade dos bens da ECT e sua consequente submissão ao regime de precatórios foi firmado na Corte entre 1998 e 2001. Neste período, o STF julgou uma série de recursos extraordinários interpostos pela ECT contra decisões da Justiça do Trabalho que condenavam a empresa ao pagamento de certos débitos com seus empregados a partir da penhora dos bens da estatal para forçar seu adimplemento.

O principal fator que a justiça trabalhista levava em questão para tomar esse tipo de decisão era a personalidade jurídica de direito privado da estatal, o que determinaria um tratamento jurídico de direito privado inclusive nas questões de execução de débitos trabalhistas. O fundamento constitucional para essas decisões era retirado do art. 173, § 1º da Constituição, que determinava que estas entidades teriam o regime jurídico equiparado ao regime das empresas privadas, inclusive quanto ao regime de normas trabalhistas, o que afastaria a aplicabilidade do art. 12 do Decreto lei que instituiu a empresa estatal.

Contra essas decisões, a ECT recorria ao STF para tentar revertê-las por meio de Recurso Extraordinário. A estatal buscava o reconhecimento de que a prerrogativa da impenhorabilidade de seus bens deveria ser garantida pelo Judiciário, e para tanto, alegava que as decisões trabalhistas violavam, principalmente,¹⁷ o regime de precatórios fixados pelo art. 100 da Constituição. Com a menção a esse dispositivo a estatal deixava claro que pretendia que a Corte declarasse como constitucional a equiparação à Fazenda Pública referida no art. 12 do Decreto lei que instituiu a empresa estatal.

Além disso, a estatal afirmava que pelo fato de ser prestadora de serviço público essencial, seu regime jurídico naturalmente incluiria o art. 100 da Constituição. Em termos pragmáticos, a estatal pretendia não se submeter ao regime comum de execução, ou seja, à execução imediata e coercitiva. Pelo contrário, a pretensão da estatal era a de se submeter exatamente ao regime de execução via precatórios, a partir do reconhecimento da constitucionalidade de sua equiparação à Fazenda Pública.

¹⁷ Foi recorrente nos relatórios dos Ministros, verificar que a ECT fundamentava seus pedidos no art. 5º, II (legalidade) e LIV (devido processo legal), da Constituição. Pude perceber também que após certos debates sobre a viabilidade do pagamento de precatórios pela ECT, pelo fato de o orçamento não prever dotações para este tipo de gasto das estatais, ocorrido no julgamento conjunto dos RE 225.011/MG, RE 220.906/DF, RE 229.696/PE e RE 230.051/SP, passaram a surgir argumentos apresentados pela ECT envolvendo o art. 165, § 5º, que prevê a obrigatoriedade de a previsão do orçamento fiscal para as entidades da administração direta e indireta constar na Lei Orçamentária Anual (LOA). No entanto, estes argumentos foram pouco explorados pelos Ministros.

O argumento da dicotomia vinha para buscar viabilizar a constitucionalidade dessa equiparação. Os casos em que esses debates foram efetivamente travados foram nos Recursos Extraordinários (RE): 222.041/RS, 230.051/SP, 220.906/DF, 225.011/MG, 229.696/PE, 220.907/RO e RE 229.444/CE.

O primeiro caso que chega ao Supremo envolvendo o tema da impenhorabilidade de bens da ECT foi o RE 222.041/RS, relatado pelo então Ministro Ilmar Galvão. O caso foi julgado na Primeira Turma em 1998, trazendo para Corte uma controvérsia exatamente nos termos em que expus acima. O resultado desse primeiro caso foi contrário aos interesses da ECT. Apesar desta pretender ser caracterizada como prestadora de serviço público, o voto do Ministro Ilmar Galvão focou no art. 173, §1º, II, da Constituição. Tal dispositivo consagraria um comando expresse no sentido de determinar uma equiparação entre o regime jurídico das empresas estatais, caso da ECT, com o regime jurídico das empresas privadas, independentemente da forma (se monopolizada ou não) da prestação dessas atividades e da sua natureza. Portanto, nesse contexto, o art. 173 seria um impeditivo para se conceder à ECT uma prerrogativa que não seria extensível também para as empresas privadas, vez que seu comando seria "claro", a regra era a da equiparação de regimes jurídicos.

As pretensões da ECT ainda foram amplamente confrontadas pelo Ministro Galvão na medida em que, já ao fim de seu voto, ele classifica a estatal como exploradora de atividade econômica. O Ministro lança essa classificação de modo peremptório, sem apresentar nenhum tipo de justificativa para que se considere o serviço postal como uma atividade econômica, e tampouco se preocupa em estabelecer uma fundamentação entre essa classificação e a consequência imediata que atribui a ela. Para o Ministro, é natural que do fato da estatal explorar atividade econômica decorra a impossibilidade de se deter qualquer tipo de prerrogativa de direito público¹⁸.

¹⁸ STF: RE 222.041/RS –Primeira Turma - Rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 15/09/1998- p. 1.163.

Sendo assim, esse primeiro julgado do STF a respeito da impenhorabilidade de bens da estatal parecia uma mensagem negativa para a ECT, uma vez que se negava a impenhorabilidade através de uma leitura do art. 173 que entedia ser obrigatória a equiparação do regime jurídico das empresas estatais com as empresas privadas. E mais, o argumento da dicotomia, que poderia representar um facilitador para o acesso da estatal às prerrogativas, era apropriado pelo STF em um sentido contrário aos interesses da empresa. Ao invés de se classificar a ECT como prestadora de serviço público e permitir uma incidência de prerrogativas públicas sobre seu regime, a dicotomia serviu para se classificar a estatal como exploradora de atividade econômica, o que reforçaria seu regime jurídico privado. Portanto, negava-se para a estatal o regime de impenhorabilidade e se afirmava expressamente a inconstitucionalidade do art. 12 do Decreto lei de 1969.

No entanto, esse precedente fixado pelo Ministro Ilmar Galvão no RE 222.041/RS, acabou por se mostrar um posicionamento isolado, tendo poucos reflexos sobre os entendimentos firmados pelo Plenário do STF.

O entendimento paradigmático sobre o tema foi fixado na sessão plenária de 16/11/2000, na qual os Ministros promoveram o julgamento conjunto de alguns recursos extraordinários que versavam sobre a impenhorabilidade de bens da ECT e que ainda pendiam de um julgamento final pelo Plenário. A Corte se propôs a julgar nessa sessão, de uma só vez, o RE 225.011/MG, o RE 220.906/DF, o RE 230.051/SP, RE 229.696/PE e o RE 230.072/RS. A estatal testou mais uma vez a tese da dicotomia, alegando que fazia jus à impenhorabilidade de bens por ser prestadora de serviço público.

A corrente que resultou vencedora nesses casos pautou-se em voto proferido pelo então Ministro Maurício Corrêa¹⁹. Este sustentava a tese de que a Constituição de 1988 teria claramente estipulado uma diferenciação entre o regime jurídico das empresas estatais, não só em relação às empresas privadas, mas também entre as próprias empresas estatais.

¹⁹ Apresentado originariamente no RE 220.906/DF, mas que foi replicado no RE 225.011/MG.

Essa tendência de diferenciação decorreria do fato da Constituição, ao estabelecer o regime de equiparação entre as estatais e as empresas privadas no art. 173, referir-se apenas às atividades econômicas. Segundo o Ministro, é importantíssimo delimitar o que o documento magno quer dizer por “atividade econômica” no art. 173.

O Ministro Corrêa defende que ao mencionar “atividade econômica” no art. 173, §1º, a Constituição se referiria exclusivamente às atividades exploradas em regime de livre iniciativa e livre concorrência. Portanto, a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime de direito privado ordenada pelo dispositivo, não seria uma regra geral. Pelo contrário, estas empresas estatais só estariam sujeitas ao regime jurídico de direito privado quando explorassem o tipo de atividade específico a qual o art. 173 faria menção, ou seja, quando explorassem atividade econômica.²⁰ Corrêa ainda argumenta no sentido de que, mesmo quando isso ocorresse, a equiparação não seria radical, pois apesar de serem empresas, estas entidades ainda seriam parte da Administração Pública. Desse modo, estariam sujeitas à algumas exigências do direito público, como por exemplo, a necessidade de concursos públicos para contratar.

Diante dessa perspectiva, ele defende uma distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, sendo que os primeiros seriam serviços que, por sua essencialidade para a sociedade, seriam titularizados pelo Estado. Enquanto as segundas, seriam as atividades titularizadas pelas empresas privadas e exploradas em regime de livre concorrência.

Essa diferenciação permite ao Ministro Corrêa afirmar que o art. 173 só se aplica para empresas estatais exploradoras de atividade econômica, enquanto as estatais prestadoras de serviço público teriam um regime de direito público, pela natureza própria de seus serviços (seriam “tipicamente

²⁰ Segundo o voto do Ministro Maurício Corrêa, essa diferenciação entre atividade econômica e serviço público, com regimes jurídicos distintos seria uma forma de se proteger a livre iniciativa das ingerências estatais no campo econômico. Para o Ministro, o campo de atuação estatal “exsurgiria no campo dos serviços públicos” (p. 941 – 942 de seu voto), de modo que, a equiparação de regimes jurídicos quando o Estado invadisse campo da iniciativa privada seria para proteger a livre iniciativa. Essas ideias também são avançadas pelo Ministro Carlos Velloso em seu voto na mesma sessão. Esse Ministro fundamenta a razão de ser do art. 173 justamente na ideia de proteção da livre iniciativa (p.1.013 de seu voto).

estatais”). Essa diferenciação encontraria eco no próprio art. 173 que inicia sua redação com: “*Ressalvados casos previstos nesta Constituição [...]*” e a partir daí determina a equiparação de regimes jurídicos com as empresas privadas para as estatais. Essa ressalva inicial do artigo abarcaria exatamente a prestação de serviços públicos pelo Estado e também as atividades expressamente monopolizadas pelo Estado.

Os serviços postais, nesse contexto, seriam serviços tipicamente estatais, por terem sido atribuídos ao Estado pelo art. 21, X da Constituição Federal. Sendo, portanto, regido pelo regime jurídico de direito público, o que tornaria possível a aplicação da impenhorabilidade de bens.

Com essa conformação argumentativa, o Tribunal²¹ garante o direito à impenhorabilidade de bens para a ECT, vedando a execução de seus débitos por meio de mecanismos coercitivos e diretos, tornando incidente também sobre a estatal, o regime de precatórios para o pagamento de seus débitos constituídos judicialmente.

Após a sessão de 2000, a tese fixada pela Corte foi replicada pelos Ministros em julgamentos das turmas. Sobretudo na Segunda Turma, na qual encontrei dois acórdãos relatados pelo Ministro Carlos Velloso em 2001: RE 220.907/RO e 229.444/CE. O Ministro Carlos Velloso repete nesses casos o voto proferido na sessão de novembro de 2000. O efeito disso para o caso foi a ECT ter sido reconhecida como prestadora de serviço público e que, portanto, faria jus ao regime da impenhorabilidade de bens.²²

²¹ À época ainda compunham a Corte os Ministros Celso de Mello e Néri da Silveira. No entanto, estes não apresentam votos nos autos. O primeiro, porque suprimiu seu voto e suas intervenções das notas taquigráficas (como se informa nos embargos de declaração propostos contra o RE 230.051/SP). Quanto ao Ministro Néri da Silveira consta apenas no extrato de ata que esteve ausente justificadamente na sessão de 16/11/2000.

²² Cumpre destacar fato interessante sobre a EC 19/98. Carlos Velloso alega que esta emenda não foi capaz de alterar a interpretação do STF sobre a dicotomia. Nesse sentido, conferir STF: RE 220.907/RO – Segunda Turma – Ministro Rel. Carlos Velloso – j. 12/06/2001 – p. 642. Trecho no mesmo sentido foi reafirmado no RE 229.444/CE – Segunda Turma – Ministro Rel. Carlos Velloso – j. 19/06/2001 – p. 681. É interessante notar também que nos julgamentos de Plenário, feitos em 2000, o Ministro Sidney Sanches repetia voto por ele proferido em 1984 (RE 100.433/RJ), onde o debate ainda se focava exclusivamente na ideia de regime de prestação monopolista ou não monopolista como forma de diferenciação do regime jurídico das estatais. Esses julgados indicam que o STF entendeu que a EC 19/98 não teve efeito modificador sobre as teses firmadas pela Corte a respeito do regime jurídico das empresas estatais.

Nesse sentido, a dicotomia foi mantida em seus termos genéricos expostos no tópico anterior. Velloso apenas trata do tema utilizando de vocabulário peculiar. Ao invés de afirmar que as estatais de serviço público apresentam regime jurídico de direito público em virtude da natureza de suas atividades, o Ministro fala em natureza autárquica das empresas estatais. O que para fins de regime jurídico é o mesmo que atestar que as estatais apresentam regime de direito público.

Esses julgados, onde são replicadas as teses fixadas pelo Plenário, indicam que a Corte pacificou o entendimento a respeito da impenhorabilidade de bens da ECT. Houve, portanto, uma superação do precedente firmado em 1998 no RE 222.041/RS da Primeira Turma da Corte, firmando-se no sentido de que os Correios têm direito à impenhorabilidade de bens pelo fato de prestarem serviços públicos.

*b) Imunidade Tributária Recíproca e a ECT*²³

O STF lidou em seus órgãos colegiados com casos envolvendo a imunidade tributária da ECT principalmente entre 2004 e 2013. Este período foi marcado pela chegada no Tribunal de dois tipos de ações. Em primeiro lugar, chegaram os Recursos Extraordinários. No entanto, a partir de 2005 a Corte passou a lidar com muitas Ações Cíveis Originárias. É importante destacar esse aspecto, pois a mudança da via processual permitiu que os debates retornassem ao plenário, uma vez que os julgados dos Recursos Extraordinários estavam sendo feitos pelas Turmas. No entanto, a Corte em 2013 apresentou julgado importante em sede de RE no plenário. Trata-se do RE 601.392/PR, que será apresentado em capítulo próprio.

Em linhas gerais, os casos que chegaram ao STF opunham um ente federado (Estado ou Município) e a ECT, sendo que, aqueles buscavam a declaração do Tribunal no sentido de que a empresa estatal estaria obrigada

²³ Foram analisados os seguintes acórdãos sobre a imunidade tributária da ECT: ACO 789/PI, AgR - ACO 811/DF, ACO 803/SP, ACO 959/RN, AgR - ACO 1.095/GO, ACO 765/RJ, RE 424.227/PR, RE 407.099/RS, RE 398.630/SP, RE 354.897/RS e o RE 601.392/PR.

ao pagamento de determinados impostos²⁴. O principal fundamento para se tentar fazer valer essa pretensão foi a suposta incidência do art. 173, §2º da Constituição sobre o regime tributário da estatal. Alegava-se que este dispositivo vedava a estipulação de benefícios fiscais para as empresas estatais.

Também foi recorrente para defender a inaplicabilidade da imunidade tributária o argumento de que os §§ 2º e 3º do art. 150 da Constituição, evidenciavam que as empresas estatais não poderiam ser abrangidas por tais prerrogativas. O § 2º determina que a extensão da imunidade tributária se daria, no que tocasse aos entes da administração indireta, apenas para as fundações e para as autarquias. O silêncio do artigo quanto às empresas estatais era interpretado como uma opção do constituinte em excluí-las da incidência dessa prerrogativa. Já o § 3º determina que a imunidade tributária não se aplicará "*ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário [...]*". Alegava-se nesse último caso, que a ECT cobraria tarifa por seus serviços e, portanto, não poderia ser abrangida pela imunidade tributária por expressa vedação constitucional.

Por outro lado, a ECT buscava contrapor todo o exposto acima alegando ser empresa estatal prestadora de serviço público reservado à União e que, por essa razão, não poderia ser submetida ao art. 173 da Constituição, uma vez que este só teria aplicabilidade para as estatais exploradoras de atividade econômica. A empresa estatal se esforçava para convencer os Ministros de que essa diferenciação entre estatais também seria importante para fins da incidência da imunidade tributária recíproca. As teses levantadas pela empresa alegavam que o art. 150, § 3º, só seria aplicável às empresas estatais que explorassem atividade econômica em concorrência com entes privados, enquanto que para as estatais de serviço público, o dispositivo incidente seria o art. 150, § 2º.

²⁴ Nos acórdãos selecionados para a pesquisa, debateu-se a imunidade tributária em face do IPVA, ICMS e ISSQN, além de, em dois casos específicos, debater-se a incidência dessa imunidade sobre Taxa de Localização e Funcionamento.

Em linhas gerais, a resposta do STF para os casos de imunidade tributária foi muito próxima da adotada nos casos da impenhorabilidade de bens. A dicotomia continuou como um argumento central, sendo possível dizer que a única diferença entre os casos se dá por uma alteração do âmbito normativo em que os debates sobre a dicotomia são travados. No caso da impenhorabilidade de bens, os debates giravam em torno dos art. 100 e 173 da CF. Nos casos de imunidade tributária esse debate passa a lidar com os art. 150, VI, "a", e os parágrafos segundo e terceiro, do mesmo artigo, algo natural, pelo fato da imunidade tributária ser especificamente regulada nesses dispositivos.

A partir dessas normas, o STF firmou a tese de que a Constituição não diferiria as empresas estatais prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica²⁵ apenas para fins de determinação de incidência ou não do art. 173. Tal distinção também teria efeitos sobre a incidência ou não da imunidade tributária recíproca sobre as empresas estatais. Em termos objetivos, os Ministros passaram a incluir o art. 150 da Constituição no debate a respeito dos diferentes âmbitos de exploração de atividades. O resultado disso, foi o entendimento de que o art. 150, §2º só se aplica às empresas estatais prestadoras de serviço público, enquanto o § 3º do mesmo artigo, só se aplicaria às estatais de atividade econômica.

A justificativa para a inclusão das estatais prestadoras de serviço público no rol do § 2º foi sintética. O Ministro responsável por apresentar a justificativa que prosperou na Corte foi o Ministro Menezes Direito²⁶. Este apenas alegou que as estatais de serviço público apresentariam, para o STF, natureza jurídica de autarquia e que, portanto, seria possível entender que a Constituição as incluiria no rol do § 2º do art. 150, uma vez que ali temos menção expressa às autarquias.²⁷Nesse ponto, o Ministro sustenta-se nos RE

²⁵ A caracterização dos "tomos" da dicotomia tampouco variou. Os Ministros continuaram a associar o serviço público à titularidade estatal definida pela Constituição e também à essencialidade do serviço prestado. Enquanto, as atividades econômicas estariam caracterizadas pela presença ou não de livre concorrência em atividade titularizada pelo Mercado.

²⁶ O Ministro estabelece essa tese na ACO 765/RJ.

²⁷ No entanto, cumpre ressaltar aqui, esse entendimento da natureza autárquica da empresa estatal é bastante peculiar ao Ministro Carlos Velloso, sendo difícil dizer que "o STF" vinha entendendo assim a questão. Carlos Velloso apresentou essa visão nos RE 407.099/RS, RE

407.099/RS, RE 398.630/SP e ainda no RE 354.897/RS, precedentes provenientes da Segunda Turma do STF. Foi nestes casos que o Ministro conseguiu fazer valer sua tese de que as empresas estatais apresentam uma natureza autárquica, ou seja, um regime de direito público.

A tese da Corte ainda foi além. Foi recorrente que os Ministros alegassem a mera instrumentalidade das empresas estatais em relação à administração direta. O argumento se colocava de modo que, a ECT seria meramente uma “longa manus” da administração direta na prestação de serviço público. A ideia aqui parece ser a de mitigar a personalidade jurídica autônoma das empresas estatais, para que sua natureza não se transforme em um óbice para a atribuição de uma prerrogativa de direito público.

Reforça esse entendimento, o fato dos Ministros que divergiram dessa corrente se recusarem a adotar esse argumento das estatais como meras longa manus. Pelo contrário, as teses divergentes, expostas sobretudo pelos Ministros Lewandowski e Marco Aurélio, focam-se no fato de que as empresas estatais detêm personalidade jurídica de direito privado, o que tornaria as prerrogativas de direito público incompatíveis com seu regime jurídico.

A partir desses dois núcleos centrais de argumentação, a Corte fixa uma regra jurisprudencial para os casos de imunidade tributária. Podemos enunciá-la como: empresas estatais de serviço público não se sujeitam ao art. 150, § 3º da Constituição por serem abarcadas na ideia de autarquia exposta no § 2º do art. 150, de modo que, é lícito atribuir a estas a imunidade tributária.

No entanto, os acórdãos indicam que o STF, nesse primeiro momento, aplicou essa regra jurisprudencial de maneira abstrata sobre a ECT. Ou seja, classificou a empresa de modo genérico, como se todas as suas atividades fossem serviço postal, o que não necessariamente era a realidade. Apesar de alguns Ministros, como por exemplo, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, alertarem para uma natureza “anfibiológica” da ECT (por atuar tanto em serviços públicos quanto em atividades econômicas), a Corte

398.630/SP e ainda no RE 354.897/RS. Aqui também fica destacada a importância pessoal que o Ministro Velloso teve na definição da imunidade tributária da ECT.

preferiu permanecer silente a respeito desse ponto. A impressão que se deixa é a de que a imunidade tributária recíproca se aplicaria a todas as atividades da ECT, porém, a ausência de uma afirmação expressa nesse sentido, era fonte de insegurança para os tribunais inferiores).

b.1) A "resposta final" do Plenário sobre a Imunidade Tributária da ECT – O RE 601.392/PR

A aplicação em abstrato da dicotomia promovida no primeiro momento da jurisprudência do Supremo, foi revisitada pela Corte em virtude do RE 601.392/PR, julgado em 2013. Este se apresentou como um conflito diferente dos que o STF se habituou a julgar em anos anteriores. Em geral, a Corte lidava com casos em que se questionava a incidência da imunidade tributária sobre a ECT. Diferentemente, no RE 601.392/PR, a questão já não era mais a incidência ou não da imunidade tributária, mas sim, a definição da extensão dessa incidência. A ECT ao longo do tempo diversificou sua área de atuação, agora a questão que se impunha ao Supremo nesse caso era se a imunidade tributária se aplicava a todas as atividades da ECT, ou se ela estava adstrita às atividades de serviço postal.

O TRF da 4ª Região havia entendido que necessariamente deveria haver uma restrição à imunidade tributária da ECT. Para o tribunal federal, a imunidade tributária só deveria ser reconhecida naquelas atividades da estatal que efetivamente se caracterizassem como serviço público. A ECT recorre dessa decisão e leva o conflito para o STF.

O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, parecia caminhar no mesmo sentido no julgamento do TRF ao apreciar o Recurso Extraordinário. Os primeiros quatro votos do caso, apresentados pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, reconheciam que a ECT só teria direito à imunidade tributária nas atividades estritamente postais. Para chegar a essa conclusão, os Ministros reconheciam que a estatal passava por um processo de diversificação de atividades e que, cada vez mais, ingressava na exploração de atividades econômicas. Desse modo, se o critério da jurisprudência recente do STF para definir o regime jurídico das estatais era a natureza da atividade explorada, caso a ECT iniciasse a variar

o tipo de atividades exploradas, seu regime jurídico deveria acompanhar essa variação. Caso ingressasse em atividades econômicas, a estatal deixaria de gozar de prerrogativas típicas de serviço público. Caso contrário, a imunidade tributária teria sua finalidade desvirtuada pela Corte.

Contra essa posição inicial, posicionaram-se os Ministros Carlos Britto e Gilmar Mendes. Ambos defendiam a extensão da imunidade tributária para todas as atividades da ECT. No entanto, adotavam fundamentos distintos. O Ministro Britto insistia em afirmar a natureza pública das atividades da ECT, ressaltando o valor social dos serviços postais, sendo o principal deles, a coesão nacional. Segundo ele, a exploração das atividades econômicas pela ECT só era realizada para suprir os déficits causados pela prestação de serviços públicos em regiões isoladas do país. O dever de prestar serviços postais a todos, fazia com que a ECT atuasse em locais em que a empresa não extraia lucro algum, pelo contrário, a prestação do serviço gerava prejuízo para a empresa. Desse modo, para se manter operacional, a empresa era instada a explorar atividades lucrativas (econômicas) para suprir os déficits apurados pela prestação irrestrita dos serviços postais, consistindo em verdadeiro mecanismo de subsídio cruzado.

Gilmar Mendes também aborda a questão do subsídio cruzado em sua argumentação. No entanto, seu enfoque é menos social, mas mais setorial. Segundo o Ministro, o setor postal sofre uma crise decorrente da informatização das comunicações, cujo principal efeito foi o gradual abandono da comunicação epistolar. Essa crise afetou diretamente a sustentabilidade da ECT, de modo que foi necessário que a empresa instituísse um mecanismo de subsídio cruzado para se manter operacional. A saúde financeira da empresa estava centrada nesse mecanismo de subsídio cruzado, de modo que, caso se passasse a tributar as atividades econômicas da estatal, haveria sério risco de se inviabilizar a continuidade das atividades da empresa.

Distanciando-se um pouco desses argumentos pragmáticos, Gilmar Mendes sustenta que o serviço postal é uma garantia institucional, ou seja, um direito que teria um núcleo definido na Constituição, cabendo ao legislador avaliar quais as melhores formas de se proteger esse núcleo. No

caso, o núcleo duro da garantia institucional do serviço postal seria o de que ele deve ser mantido continuamente a todos, cabendo ao legislador optar por qual forma prestá-lo. O modelo atual permitia a prestação do serviço postal a grande parte do país, portanto, seria um modelo constitucional, não cabendo ao STF colocar seu funcionamento em risco a partir da decisão de tributar as atividades econômicas exploradas pela ECT.

Apesar de inicialmente esses votos não terem tido repercussão na Corte. Após o pedido de vista do Ministro Dias Tóffoli, os votos de Gilmar Mendes e de Carlos Britto, passam a influenciar todos os Ministros que ainda estavam por votar. Nesse sentido, Dias Tóffoli, Cezar Peluso, Celso de Mello, Rosa Weber, acompanham a dissidência aberta por Mendes e Britto. Nesse momento o caso encontrava-se empatado. O desempate decorreu da mudança de posicionamento do Ministro Lewandowski, que alegou não reconhecer a existência de concorrência na prestação dos serviços postais, sobretudo, nas regiões afastadas em que a ECT atuaria. Ademais, não haveria intuito lucrativo na atuação da empresa estatal, de maneira que, a exploração de atividades econômicas pela empresa se dava exclusivamente na intenção de sustentar a prestação de serviços públicos. A ECT, portanto, continuaria ser uma prestadora de serviço público, tendo direito à imunidade tributária, sem nenhuma restrição referente ao tipo de atividades exploradas.

c) O monopólio postal da ECT – Um julgamento confuso do STF

A questão do monopólio postal conferido à ECT foi levado ao Plenário do STF em 2005, quando do julgamento da ADPF 46/DF. A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi proposta pela Associação Brasileira de Empresas de Distribuição (ABRAED) e tinha como objetivo contestar a constitucionalidade da Lei 6.538/1978, que regia de maneira mais específica o monopólio da ECT sobre o serviço postal, previsto inicialmente no Decreto lei 509/1969, que autorizou a criação da estatal.

A principal alegação da ABRAED para interpor a presente ADPF era a de que esse monopólio feriria a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, uma vez que estaria servindo de base para que a ECT promovesse verdadeira “cruzada” contra as empresas privadas que atuassem no setor. Elas estariam

sendo alvo de processos judiciais e de denúncias por parte da empresa estatal, sob a acusação de violarem o monopólio determinado pela Lei 6.538/78. O quadro se agravaria uma vez que a referida lei consagrava normas penais para quem violasse esse monopólio dos Correios.

Contra esses argumentos, a ECT apontou que o próprio STF considera que esta é estatal prestadora de serviço público. Ademais, quanto à extensão de seu monopólio, a empresa estatal alega que as empresas privadas desempenhavam atividades que não se enquadravam nas atividades especificadas no art. 9º da Lei 6.538/1978, que expressamente define as atividades submetidas ao regime de monopólio. No entanto, essas atividades seriam abrangidas pelo conceito mais genérico de serviço postal, previsto na Constituição (art. 21, X) como um serviço exclusivo do Estado. Portanto, para que essas empresas privadas atuassem nessas atividades seria necessária uma autorização estatal.

A resposta do Supremo nesse caso foi confusa. Formaram-se três correntes no julgado, no entanto, os Ministros não souberam como enquadrar as teses de cada um deles, de modo que não se sabia após os votos, qual era o resultado exato do julgamento. A controvérsia foi resolvida quando o Ministro Ayres Britto alega que seu voto se aproximava do proferido pelo Ministro Eros Grau, criando-se assim a maioria vencedora. A tese que prevaleceu foi a de total improcedência da ADPF, sobretudo, nos termos do voto do Ministro Eros Grau.

Nesta corrente, a dicotomia manteve-se em sua conformação estável ou seja, continuou como um elemento de cisão entre os campos do serviço público e o da atividade econômica, definindo-se a partir disso o regime jurídico das estatais. É nesse sentido que a corrente vencedora vai afirmar que a Constituição teria diferenciado o campo do serviço público e o campo da atividade econômica, sendo que no primeiro caso, teria definido um campo de titularidade exclusivamente estatal, no qual se prestariam atividades com grande relevância social. De outro lado, teríamos as atividades econômicas, onde se explorariam as atividades tipicamente privadas. No campo do serviço público, portanto, não haveria livre iniciativa, esta seria um princípio que só

vigéria no ramo das atividades econômicas. Sendo assim, não haveria como se violar a livre iniciativa com o monopólio postal, uma vez que este seria explorado como serviço público.

4. Análise do funcionamento da Dicotomia nos Casos ECT

Após a descrição da evolução jurisprudencial da dicotomia no STF, nesse tópico pretendo dissecar o argumento na forma em que utilizado pela Corte. Focarei em dois aspectos do argumento, em primeiro lugar, analisarei aspectos da delimitação dos tomos do argumento. Ou seja, como o STF tem caracterizado o serviço público e a atividade econômica. Em um segundo momento, realizarei uma análise do modelo de argumentação do STF no que toca à dicotomia, aventando algumas consequências desse modelo para o regime das estatais.

(a) A Caracterização da Dicotomia

Os casos analisados demonstram que o STF absorve a dicotomia como um argumento de cisão da ordem econômica. Na leitura dos Ministros, tal cisão separaria o campo dos serviços públicos do campo da atividade econômica e decorreria diretamente da Constituição, sendo justificada pelo fato das atividades que se desenvolviam nestes dois âmbitos apresentarem naturezas completamente diferentes. A consequência que o Supremo extrai desse quadro é que cada um desses ramos da ordem econômica deve apresentar um regime jurídico próprio, com regramentos que se mostrem compatíveis com a sua respectiva natureza. É a partir dessa ideia geral que a Corte promove a caracterização do serviço público e da atividade econômica.

O serviço público, na leitura do STF, seria o âmbito da ordem econômica que concentraria atividades de alta relevância social, sem as quais a sociedade estaria desamparada. Por esse motivo, a prestação desses serviços não poderia ser deixada às suscetibilidades da livre iniciativa, devendo ser garantida pelo Estado em todas as ocasiões. É nesse sentido que o STF afirma que o serviço público é um campo titularizado exclusivamente pelo Estado. A relevância desses serviços faz com que seja da alçada estatal garantir sua prestação a todos, sendo que, a iniciativa privada só teria acesso

à exploração desses serviços caso o Estado autorizasse seu ingresso nesse âmbito. Por ser um âmbito exclusivamente estatal, os Ministros entendem que necessariamente o regime de atuação nesse setor é o de direito público.

Na medida em que as empresas estatais ingressassem em atividades que os Ministros reconhecessem os qualificativos de serviço público, o regime de direito público passaria a reger sua atuação. Para identificar esse ingresso no ramo do serviço público pelas estatais, o Supremo acabou por consagrar alguns critérios objetivos, escapando a um debate conceitual sobre os serviços públicos.

O principal critério utilizado foi a verificação da atribuição constitucional do serviço ao Estado. Ou seja, a Corte analisava a Constituição em busca de dispositivos que instituíssem a obrigação do Estado prestar ou garantir determinado serviço. Caso existisse dispositivo nesse sentido, o Supremo entendia que ali estava consagrada uma obrigação exclusiva do Estado prestar ou garantir o acesso ao serviço. Nos casos ECT, essa verificação girou em torno do art. 21, X da Constituição. A obrigação do Estado manter os serviços postais foi interpretada como a obrigação exclusiva do Estado de prestar esses serviços, de modo que, seu regime de prestação deveria necessariamente ser de direito público.

Cumprido destacar ainda que, na caracterização do ramo do serviço público, foi recorrente verificar que a Corte também destacava a relevância social do serviço. Os votos do Ministro Ayres Britto representam bem essa forma de caracterizar o serviço público. No entanto, esse critério era menos determinante, funcionando mais como um recurso de retórica argumentativa do que como um critério objetivamente utilizado pela Corte para definir se a atividade deveria ser regida por um regime de direito público ou não.

Quanto à atividade econômica, os Ministros reconhecem que esta constitui um âmbito da ordem econômica em que se encontram as atividades titularizadas pela livre iniciativa. Sua caracterização era feita sobretudo com base no critério da concorrência. Caso os Ministros reconhecessem que uma dada atividade era explorada em concorrência com a iniciativa privada, esta seria considerada como uma atividade econômica. Pouco a pouco, sobretudo

no RE 601.392/PR, os Ministros inseriram um segundo critério, qual seja, o intuito lucrativo. Verificando-se a existência de um desses critérios, a Corte classificava a atividade como “atividade econômica” e estabelecia como consequência, que seu regime de exploração deveria ser o de direito privado. Esse regime seria definido para todas as empresas estatais que ingressassem em atividades com esses contornos.

Para encerrar essa sessão, é importante apontar a partir de quais parâmetros normativos os Ministros extraem o comando constitucional de cisão da ordem econômica em serviço público e atividade econômica. Nesse sentido, o que pude observar é que o parâmetro variou. De início, nos casos da impenhorabilidade de bens, foi vencedora tese do Ministro Maurício Corrêa, que defendia que o cerne dessa cisão seria o caput do art. 173 da CF e seu §1º.

O parágrafo primeiro determinaria que o regime das atividades econômicas seria o de direito privado, ao dizer expressamente que “*a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem **atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas***”. No entanto, o caput do art. 173, ao iniciar com “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”, indicaria que existiriam outras formas de atuação das empresas estatais. Corrêa entendia que com essa ressalva o constituinte buscou resguardar o regime de direito público dos serviços públicos prestados pelas estatais. Haveria nesse sentido, comando para cindir a ordem econômica.

No entanto, gradualmente a Corte foi deixando de argumentar desse modo. Ao longo da evolução da jurisprudência sobre a ECT, sobretudo nos casos da imunidade tributária, os Ministros passam deslocar o debate para o art. 21, X da Constituição. O art. 173 passa a ser o dispositivo que define o regime de direito privado para as estatais de atividade econômica, porém, o comando para preservar o regime de direito público passa a ser extraído da obrigação de prestar o serviço postal atribuída ao Estado pelo art. 21, X da CF. Em alguns casos, há menção ao art. 175 da CF para caracterizar o serviço

público, mas esta é feita, em geral, em casos de argumentação abstrata, como por exemplo, nas ações de controle concentrado.²⁸

Foi a partir desses parâmetros e critérios que a Corte fixou o paradigma de interpretação sobre a dicotomia e conseqüentemente, sobre a forma de se determinar o regime jurídico das empresas estatais. Apesar da jurisprudência da Corte ter permanecido amplamente fiel a esses critérios, o julgamento do RE 601.392/PR, concluído em 2013, representou uma mitigação do compromisso da Corte com esses parâmetros. É este ponto que tento expor no tópico abaixo.

(b) Mitigação dos Critérios de Caracterização da Dicotomia

O RE 601.392/PR, colocou para o Supremo uma questão difícil. Como já apontamos acima, o caso demandava uma resposta sobre a extensão da imunidade tributária da ECT, diante de um cenário em que a estatal começava a diversificar suas áreas de atuação, ingressando em alguns setores tipicamente privados. Duas questões dominaram os debates neste caso, a primeira delas foi a determinação de como a Corte deveria aplicar a dicotomia naquele caso, já a segunda era a preocupação em compatibilizar a classificação do serviços da estatal com o mecanismo de subsídio cruzado utilizado pela ECT.

A corrente vencida no julgado pretendia aplicar a dicotomia de modo específico. Ou seja, pretendia que para cada tipo de atividade explorada pela ECT fosse determinado um regime jurídico correspondente. Caso a empresa adentrasse em atividades consideradas pela Corte como econômicas, o regime dessa exploração deveria ser o de direito privado. Caso contrário, o regime deveria continuar a ser público. Esse posicionamento valoriza a dicotomia ao se manter fiel aos seus propósitos. A dicotomia parte do pressuposto que atividade econômica e serviço público são atividades de naturezas distintas, e que portanto, demandam regimes jurídicos diferentes. Na medida em que se explorasse serviço público, seu regime jurídico seria de

²⁸ A utilização do art. 175 como dispositivo constitucional que ordena a diferenciação entre serviço público e ordem econômica foi utilizada com maior intensidade nos votos da ADPF 46, por exemplo.

direito público, na medida em que se explorasse atividade econômica, o regime jurídico seria de direito privado. O critério de distinção permaneceria objetivo, no sentido de que a atividade explorada é que determinaria o regime jurídico de atuação da estatal.

Porém, a corrente vencedora optou por tese diferente. Como explicamos, preocupados com os efeitos da tributação das atividades econômicas da ECT sobre o seu mecanismo de subsídio cruzado, a maioria dos Ministros optou por proceder a uma classificação genérica da estatal. Ou seja, a ECT foi considerada, como um todo, uma estatal de serviço público, mesmo que tenha se reconhecido que esta explora algumas atividades econômicas. A coerência do argumento só foi mantida porque os Ministros desta corrente inseriram um novo elemento na dicotomia. Para eles, a ECT continuava a ser prestadora de serviço público, pois só explorava atividades econômicas com o intuito de viabilizar financeiramente a prestação de serviços públicos. Com isso, a meu ver, a Corte passa a entender também que o critério definidor do regime jurídico das estatais pode ser um critério teleológico. Caso a finalidade da exploração das atividades seja viabilizar um serviço público, seu regime jurídico também deverá ser público.

É um compromisso da Corte em garantir a viabilidade dos serviços públicos, no entanto, o atrativo da dicotomia como critério objetivo de definição do regime jurídico das estatais é relativizado nesse cenário. Descobrir qual a finalidade da exploração das atividades das estatais é algo muito amplo. No limite, é possível concluir que todas as empresas estatais apresentam uma finalidade pública por trás de sua atuação em alguma medida. Portanto, esse julgado do Supremo mitiga os critérios da dicotomia e apresenta uma “abstrativização” perigosa do argumento.

A mudança de referencial da definição do regime jurídico das estatais da atividade para a teleologia da atividade, não é assumida expressamente pela Corte, o que acaba por gerar alguns desconfortos argumentativos para os Ministros. Alguns deles reconhecem que no RE 601.392/PR, o parâmetro para definir o regime da ECT não foi exatamente a natureza das atividades, mas

tergiversam quando abordam qual foi o critério. A título de exemplo, temos o seguinte trecho do voto do Ministro Dias Tóffoli:

*"Assim, deixo assentado que a imunidade deve alcançar **todas as atividades desempenhadas** pela ECT, inclusive as atividades afins, autorizadas pelo Ministério das Comunicações, conforme o art.2º, § 1º, alínea d) da lei 6.538/1978, **independentemente de sua natureza, tendo em vista que a ECT é empresa pública prestadora de serviços públicos, criada por lei para os fins fixados no art. 21, X, CF, sendo ou devendo ser, suas rendas revertidas para suas finalidades precípuas"** (grifos meus) ²⁹*

Apesar de identificar essa mudança, não é possível afirmar que há um novo paradigma sobre a dicotomia no Supremo. É necessário acompanhar a evolução da jurisprudência da Corte para verificar como esse julgado vai ser interpretado pelos Ministros daqui em diante.

c) Algumas considerações sobre o argumento da dicotomia no STF e suas consequências para as empresas estatais

Nesta última seção do capítulo 4, apresento algumas reflexões a respeito do modo como os Ministros expõem o argumento da dicotomia e, no que couber, como isso pode afetar o regime jurídico da atuação das empresas estatais.

c.1) A dicotomia modula a Constituição

Os casos acima analisados evidenciam que na jurisprudência do STF, a dicotomia assumiu dois modos de funcionamento na argumentação dos Ministros. Em primeiro lugar, ela serviu para fundamentar uma "modulação" dos dispositivos da Constituição, ou seja, para definir quais artigos poderiam

²⁹ STF: RE 601.392/PR – Plenário – Ministro Rel. Joaquim Barbosa – j. 28/02/2013 – p. 58.

incidir no regime jurídico das estatais e em quais situações gerais isso deveria ocorrer. Voltando-me mais especificamente para os casos, essa modulação a que me refiro resultou no fato de que a dicotomia entre atividades econômicas e serviço público permitiu afastar deste último campo, o regime do art. 173 e do art. 150, §3º, que representariam, de fato, óbices de difícil superação para se declarar a constitucionalidade da impenhorabilidade da bens e da imunidade tributária atribuídas à ECT.

A norma do artigo 173, § 1º, II é expressa: O regime jurídico das empresas estatais é o de direito privado, inclusive nas obrigações trabalhistas. Os casos que chegaram ao STF versavam exatamente sobre o adimplemento judicialmente forçado de obrigações trabalhistas, o que pela lógica do art. 173, seria plenamente viável de ser realizado por meio da penhora de bens. O mesmo se aplica ao art. 150, § 3º da CF. O dispositivo veda expressamente a aplicação de imunidade tributária para estatais de atividade econômica. E ainda, a atribuição da prerrogativa da imunidade tributária seria mais difícil de se justificar por força do art. 173, § 2º, que proíbe a concessão de privilégios fiscais para as empresas estatais.

No entanto, é aqui que a dicotomia opera. Ao cindir a ordem econômica em atividades de "natureza" distinta, permite que a Corte crie âmbitos de incidência para determinadas normas da Constituição. Segundo a dicotomia, o art. 173 e parágrafos, e o art. 150, § 3º, seriam aplicáveis exclusivamente para as empresas estatais que atuem no campo da atividade econômica, em regime de concorrência com a iniciativa privada. O que se buscava proteger com isso seria a livre iniciativa.

Por outro lado, o ramo dos serviços públicos não comportaria a incidência desses dispositivos, de modo que as estatais que ali atuassem não poderiam ser abrangidas pela equiparação com as empresas privadas preconizada pelo art. 173 e pela vedação dos privilégios fiscais instituída pelo § 2º do mesmo artigo e pelo art. 150, § 3º. Pelo contrário, o ramo dos serviços públicos atrairia a incidência de normas de direito público, como por exemplo, as estipuladas pelos art. 100 e 150, § 2º, ambos da Constituição Federal.

Essa modulação cria verdadeira imunidade a certas normatizações impostas pela própria Constituição às estatais, bastando para tanto que a Corte venha a classificar a estatal como prestadora de serviços público. Outro efeito é que Corte passa a determinar um certo “molde” para a aplicação da Constituição, bastando encaixar uma empresa estatal em um dos campos disponíveis, serviço público ou atividade econômica, para que se engendre a incidência ou não da norma da impenhorabilidade de bens ou imunidade tributária sobre o regime jurídico da empresa.

A princípio, essa aplicação pré moldada de efeitos não é necessariamente um equívoco, seria apenas uma interpretação da Corte a respeito da ordem econômica consagrada na Constituição. No entanto, o argumento começa a ganhar contornos problemáticos a partir do momento em que nos deparamos com casos em que essa classificação das atividades das empresas estatais é feita de modo peremptório pelo Supremo. Tal uso da dicotomia acabaria por automatizar a fundamentação dos votos, abrindo espaço para o arbítrio da Corte na definição da aplicação ou não de dispositivos constitucionais.

Cumprе ressaltar que a incidência ou não desse artigo sobre o regime das empresas estatais pode trazer problemas sensíveis não só para as estatais, mas também para os mercados em que estas atuam.³⁰ Portanto, essa modulação da Constituição que a dicotomia permite ao STF deve ser feita de maneira parcimoniosa e sempre bem justificada.

³⁰ Por exemplo, imaginemos uma estatal que atue em regime de concorrência com empresas privadas e a Corte por meio de uma classificação arbitrária determina que esta é prestadora de serviço público, aplicando-lhe uma prerrogativa de direito público como a impenhorabilidade de bens. Esta passaria a ter uma vantagem comparativa em relação as demais empresas que concorreriam com a estatal. Esse exemplo não é tão fictício assim. O STF nos casos em que definiu a imunidade tributária recíproca para a ECT, a estendeu para todas as atividades da empresa, sendo que, nem todas as atividades da ECT são serviços públicos prestados em regime de monopólio. Pelo contrário, a estatal atua em alguns ramos em regime de concorrência, como por exemplo, nas atividades bancárias, atividades de comércio eletrônico, de entrega de encomendas e outras.

c.2) O Supremo ignora e inverte a natureza da personalidade jurídica das empresas estatais prestadoras de serviço público

Pude notar também ao longo dos julgados que na maioria dos votos em que o argumento da dicotomia surge, temos uma supressão de outro argumento, o da personalidade jurídica privada da empresa estatal.³¹ Classificar a ECT como prestadora de serviço público foi sinônimo de decretar a incidência de um regime jurídico exclusivamente público para a estatal, atropelando-se sua personalidade jurídica privada. O argumento da dicotomia permite que os Ministros assim procedam pelo fato de, supostamente³², deslocar o cerne da definição do regime jurídico da personalidade jurídica para a natureza da atividade explorada.

Ao reduzir esse ônus da argumentação dos Ministros, a dicotomia permite que o STF firme um entendimento com base em precedentes que distorcem a natureza da personalidade jurídica das estatais. Alguns Ministros chegam a afirmar que, na realidade, as estatais de serviço público não teriam natureza jurídica de direito privado e empresarial, mas sim de direito público e autárquica³³. Desse modo, as supostas flexibilidades buscadas pelo Estado ao eleger o regime empresarial para a prestação de um dado serviço público, poderiam ser extintas pelo Supremo a partir da aplicação da dicotomia. Esta transformaria a empresa estatal, em virtude da natureza de seus serviços, em um ente regido pelo direito público, independentemente de sua personalidade jurídica.

Essa desconsideração da personalidade jurídica das empresas estatais de serviço público não opera apenas a partir da negação de sua natureza privada, mas opera também a partir de supressão de sua autonomia. Os

³¹ As exceções foram os Ministros Ilmar Galvão e o Ministro Sepúlveda Pertence. O primeiro não é bem uma exceção, pois classifica a ECT como exploradora de atividade econômica, sendo mais simples assim levar em conta a personalidade privada. No entanto, Ministro Sepúlveda Pertence é o único a tentar conciliar a personalidade privada com a natureza pública dos serviços prestados pela ECT.

³² Digo supostamente porque, ao mesmo tempo em que o argumento da dicotomia afirma a natureza da atividade como o seu critério, ela condiciona a caracterização do serviço público à um critério subjetivo, ou seja, atrelado à pessoa que o presta. Só temos serviço público, quando trata-se de serviço que é incumbido ao Estado. Portanto, o argumento ainda mantém certo vínculo entre natureza da atividade e a personalidade jurídica que o presta.

³³ Nesse sentido temos os votos do Ministro Carlos Velloso, nos casos da imunidade tributária da ECT.

Ministros, consagram nos julgados analisados o argumento de que as empresas estatais de serviços públicos seriam meras “longa manus” da Administração Direta. Ou seja, seriam instrumentalidades escolhidas pela Administração Direta para desempenhar funções que inicialmente lhe incumbiam. Disso, os Ministros concluem que seria natural que estas empresas estatais desfrutassem de um regime jurídico idêntico ao de sua entidade criadora, ou seja, um regime de direito público.

O raciocínio da Corte salta um ponto intermediário importante. De fato, a Administração Direta cria as empresas estatais com um objetivo instrumental. No entanto, o faz a partir de um processo de descentralização administrativa, o que significa dizer que o ente resultante desse processo integra a Administração Pública, no entanto, apresenta personalidade jurídica autônoma em relação ao ente que o criou. No caso das estatais, essa personalidade é de direito privado, representando a função de tentar criar um regime mais flexível para as estatais.

Sendo assim, ao ignorar e inverter a natureza do regime jurídico das empresas estatais, o Supremo afeta diretamente a funcionalidade política das empresas estatais. Isso porque a Corte publiciza um regime que nasce para ser privado, o que pode significar um engessamento da atuação das empresas estatais e prejudicar o uso destas nas políticas de governo.

c.3 A dicotomia permite uma argumentação ambivalente

O argumento da dicotomia apresenta contornos esquemáticos. A partir da classificação da estatal como prestadora de serviço público, conclui-se “logicamente”³⁴ que ela faz jus a um regime de direito público. No entanto, esse raciocínio esquemático também pode ser construído para sustentar o ponto inverso, ou seja, classifica-se a estatal como exploradora de atividade econômica e conclui-se que esta teria de se submeter a um regime de direito privado.

³⁴ As aspas justificam-se pelo fato do argumento dos Ministros automatizado. Não há em nenhum momento a exposição da lógica desta conclusão, na maioria das vezes, há apenas uma associação direta entre prestação de serviço público e direito a um regime de direito público.

Essa ambivalência do argumento decorre do fato da Corte não se deter em uma análise minuciosa dos critérios de classificação das atividades das empresas estatais. Os Ministros contentam-se em afirmar abstratamente que existe concorrência em uma dada atividade ou que um determinado serviço é explorado exclusivamente pelo Estado, para então concluir que estas prestam serviço público ou atividade econômica e, assim, definir o regime jurídico da empresa estatal envolvida.

Por não haver essa preocupação com o rigor na análise da existência ou não de concorrência nos setores em que as estatais atuam, o argumento da dicotomia passa a poder ser torcido para qualquer um dos lados, de modo que ele deixa de ser um critério efetivo para definir o regime jurídico das estatais, passando a ser um “trunfo” argumentativo. Ou seja, do mesmo modo que é possível dizer quem uma estatal atua em setor de exclusividade estatal e presta serviço público, torna-se possível postular que essa mesma estatal atua em concorrência e explora atividade econômica. Ambas as assertivas não costumam ser debatidas a fundo pela Corte, de modo que os casos passam a ser decididos pelo número de Ministros que aderem a uma classificação. Nesse sentido, há um empobrecimento das razões apresentadas pela Corte, passamos a ter casos decididos com base em disputas de classificações.

Conclui-se, portanto, que a dicotomia nos moldes em que implementada pelo STF, serve para fundamentar qualquer decisão, bastando que o intérprete postule uma premissa maior (a classificação da estatal), e as demais consequências para o regime jurídico viriam automaticamente dessa premissa, sem nenhum esforço para expor a “lógica” dessa decisão.

c.4 A dicotomia permite uma argumentação estritamente abstrata

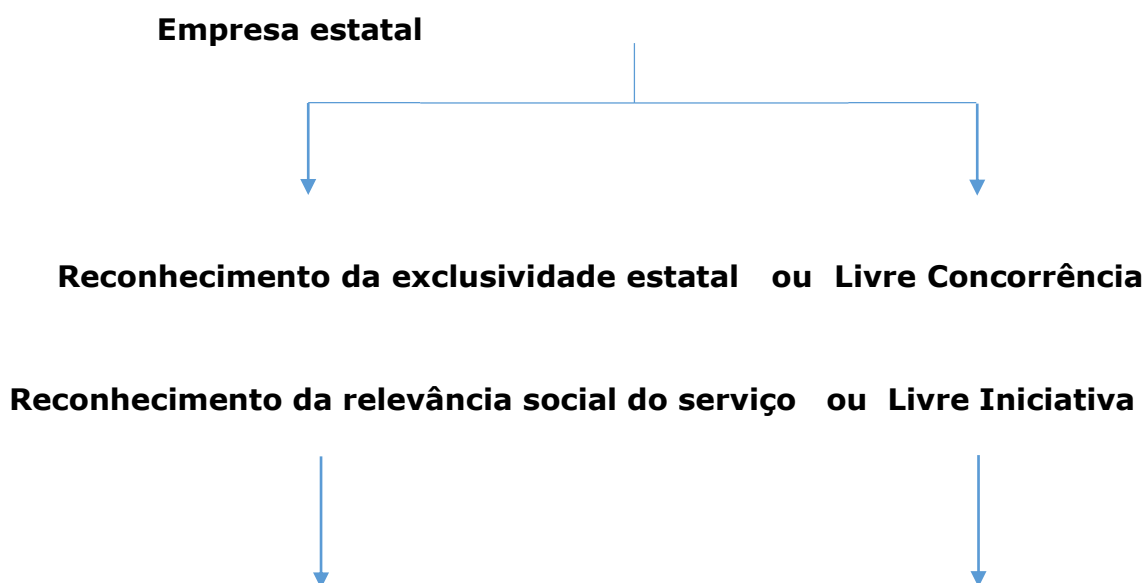
A dicotomia propõe para a Corte um esquema de decisão de casos que minimamente demanda dos Ministros uma decisão a respeito do tipo de atividade que é desempenhada pela empresa estatal. A partir desta decisão, as consequências normativas decorrentes já estão automatizadas. Caso se afirme que trata-se de estatal de atividade econômica, o regime será privado, caso se trate de estatal de serviço público, o regime será público.

Em tese, o fator determinante para que se desencadeie as consequências normativas decorrentes da dicotomia é a classificação das atividades da estatal. Ou seja, o argumento funciona a partir da classificação, e a Corte se aproveita disso para utilizar do argumento e proceder a uma categorização das atividades, puramente abstrata. A Corte se aproveita da dicotomia apenas exigir uma classificação, para escapar a um debate mais minucioso sobre a natureza das atividades e a respeito das consequências sobre o uso governamental das empresas estatais.

5. Replicação de Precedente

Após o estabelecimento as teses centrais sobre a dicotomia nos casos ECT, o que tivemos foi uma replicação dessas teses na jurisprudência do STF, sem nenhum tipo de variação do argumento. A estabilidade da dicotomia permite afirmar que sua caracterização e as considerações que fiz no capítulo anterior sobre a dicotomia, aplicam-se integralmente aos casos analisados neste capítulo. Diante desse quadro, com o intuito de evitar uma repetição de argumentos já expostos, neste capítulo apenas apresentarei de modo sucinto os casos analisados, demonstrando como os precedentes ECT foram replicados.

Em síntese, a estrutura do argumento da dicotomia que, de maneira geral, se repete em todos os casos analisados neste capítulo pode ser sintetizado esquematicamente da seguinte forma:



**Prestadora de
Serviço Público**



Regime de Direito Público

**Exploradora de
Atividade Econômica**



Regime de Direito Privado

É esse esquema de interpretação que se repete na argumentação da Corte, como pretendemos demonstrar em sequência.

O universo de casos analisado para este capítulo compreende nove empresas estatais diferentes. Apesar de serem estatais inéditas na jurisprudência da Corte, seus julgamentos não tiveram muita repercussão. Pelo contrário, foram julgados pelos Ministros como casos de repetição de jurisprudência. Isso significa que a argumentação passou a ser muito mais direta. Apenas mencionava-se que uma dada estatal tinha natureza de prestadora de serviço público ou atividade econômica e, a partir disso, determinava-se as consequências normativas já conhecidas. Foi frequente também que os Ministros colacionassem nos votos precedentes que confirmavam seu juízo a respeito do regime jurídico que deveria incidir sobre as empresas estatais que explorassem atividades econômicas ou serviços públicos. No entanto, é interessante pontuar que não foi raro que os Ministros recorressem à precedentes firmados para a ECT para confirmar julgamentos de outras empresas estatais.

Isso se justifica pelo fato das empresas estatais inéditas não terem precedentes próprios na Corte. Esse modo de proceder do STF não necessariamente é ruim, principalmente quando percebemos que a Corte fez esse tipo de precedentes em casos com questões jurídicas semelhantes. Por exemplo, nos casos da Infraero foi recorrente a citação de precedentes da ECT. No entanto, todos os casos em que isto ocorreu, estava em debate o reconhecimento ou não da imunidade tributária para a empresa, sendo que esta era a mesma questão jurídica debatida nos precedentes da ECT

citados.³⁵ É interessante notar que a Corte entende que o precedente firmado não está adstrito à empresa estatal específica. A regra jurisprudencial é mais abstrata, podendo ser enunciada como empresas estatais de serviço público tem direito à prerrogativas de direito público, que nos casos *Infraero*, era a imunidade tributária. O contrário se aplicaria para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

É nesse sentido que nos casos *Infraero*³⁶ a Corte simplesmente reconhece que o serviço de administração da infraestrutura aeroportuária é um serviço público e que, portanto, a estatal em comento teria direito à imunidade tributária. O fundamento constitucional para classificar a estatal nesses termos foi o art. 21, XII, "c" da Constituição, que prevê a responsabilidade estatal pela administração dos aeroportos.

A Cetesb também teve o seu AgR - RE 631.309/SP julgado nesses termos. O Ministro Carlos Britto menciona que há jurisprudência pacificada no sentido de que as estatais de serviço público tem direito à imunidade tributária e assim decide definir a constitucionalidade da incidência deste privilégio sobre seu regime jurídico. No entanto, nesse caso, a argumentação é problemática pelo fato do Ministro sequer mencionar o porquê da Cetesb ser prestadora de serviço público. Britto não faz menção ao critério de atribuição constitucional do serviço ao Estado e tampouco a sua relevância social, apenas postula que a estatal é prestadora de serviço público. No caso da Codeca, o AgR - RE 647.881/RS, a situação é idêntica, sendo que a única diferença é o Ministro relator. É a Ministra Carmen Lúcia quem classifica a Codeca como prestadora de serviço público e lhe atribui a imunidade tributária.

A Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola (EBDA) também chegou ao STF, com o RE 433.666/BA. A questão jurídica aqui era a impenhorabilidade de bens para a estatal e a sua solução foi bastante simples. O Ministro relator Eros Grau, simplesmente reconheceu a natureza pública das atividades da estatal. No entanto, cumpre destacar que o

³⁵Nesse sentido, conferir o AgR - RE 363.412/BA, no qual o Min. Rel. Celso de Mello, cita os precedentes AgR - RE 318.185, RE 357.291, AgR - RE 357.447, RE 407.099 e o RE 265.749, todos eles da ECT.

³⁶ AgR - RE 363.412/BA, AgR - RE 524.615/BA, ARE 638.315/BA, AgR - AI 838.510/BA, AgR - RE 542.454/BA e AgR - RE 446.530/SC.

parâmetro adotado pelo Ministro para tanto não foi nenhuma disposição constitucional que atribuísse os serviços da estatal ao Estado. Eros Grau se valeu de disposição do estatuto social da empresa para classificá-la como prestadora de serviço público e assim lhe atribuir a prerrogativa.

No caso das empresas estatais de saneamento básico, foi interessante notar também a ausência de referência a preceito normativo para caracterizar a natureza das atividades como serviço público. O único critério utilizado para se classificar a CAERD e a CASAL como prestadoras de serviço público foi a relevância social dos serviços de saneamento básico. Os Ministros destacavam que se tratava de serviço essencial e que, portanto, deveriam gozar de prerrogativas de direito público. É nesse sentido que nos AgR – RE 485.000/AL e o AgR – RE 592.004/AL (casos da CASAL) e na QO-AC 1.851/RO (caso CAERD), a Corte decidiu conceder às estatais a prerrogativa da impenhorabilidade de bens e da imunidade tributária, respectivamente.

O caso das empresas estatais de administração portuária (DOCAS – RJ e CODESP) foi resolvido também nos moldes dos casos ECT. Os Ministros reconheceram a natureza pública das atividades das estatais referidas a partir do art. 21, XII, “f” da Constituição, que atribui o serviço de administração portuária ao Estado. A partir disso, foram atribuídas prerrogativas de direito público para as estatais. Nos casos, a Codesp recebia a imunidade tributária e a Docas tinha sua inexpropriabilidade de bens reconhecida.

No entanto, cumpre destacar que nem sempre a dicotomia foi a *ratio* dos julgados envolvendo as estatais portuárias. Nos RE 172.816/RJ, AgR – AI 458.816/SP, AgR – AI 738.322/SP, AgR – RE 318.815/SP, AgR – RE 337.457/SP, AgR – RE 508.709, RE 253.394 e RE 253.472/SP, a *ratio* foi o fato de se considerar as áreas aeroportuárias como bens públicos da União. Nesses casos, a dicotomia surgia mais como um reforço argumentativo com o intuito de atrair um regime público para estas estatais, mas não era o argumento central.

Já nos casos AgR – AI 351.888/SP, AgR- RE 462.704/SP e ED-ED- RE 265.749/SP, a dicotomia efetivamente surge como a razão de decidir. Os Ministros alegam que a Codesp é estatal de serviço público e que, por isso,

teria direito à imunidade tributária. Essa discordância na própria jurisprudência do STF cria um cenário de insegurança jurídica quanto a imunidade tributária atribuída às estatais portuárias, sobretudo pelo fato do imposto em debate ser o IPTU, cobrado sobre propriedade territorial urbana.

A insegurança decorre do fato dos provimentos dados serem distintos. Dizer que a estatal portuária detém a imunidade tributária quanto aos impostos sobre território pelo fato de seus terrenos integrarem o patrimônio da União é diferente de dizer que a estatal detém a prerrogativa pelo fato de prestar serviços públicos. No primeiro caso, a imunidade está restrita aos terrenos que incorporam o patrimônio da União e tem efeitos apenas contra impostos que incidem sobre a propriedade territorial. No segundo caso, essa restrição não existe, restando possível alegar que a estatal portuária detém imunidade contra qualquer imposto, pois sua imunidade tributária está associada ao tipo de atividades que ela desempenha.

A Petrobrás também figurou no STF. No AgR – RE 285.716/SP, a estatal tentou se aproveitar da jurisprudência da Corte e pretendia ter reconhecida sua imunidade tributária alegando ser prestadora de serviços públicos. No entanto, a tese não prosperou. Joaquim Barbosa, o relator do caso, alega que a estatal apresenta intuito lucrativo e atua em concorrência com agentes privados, sendo classificada em virtude disso, como estatal de atividade econômica. Nesse sentido, foi determinado que ela tenha um regime jurídico de direito privado, incompatível com a imunidade tributária, nos moldes firmados nos casos ECT.

No caso do Metrô de SP, julgado na AC 669/SP, a dicotomia também foi utilizada. No caso, o Metrô pretendia obter decisão cautelar para evitar que as rendas das bilheterias fossem penhoradas para o adimplemento de débitos contraídos com credores privados. A tese vencedora definiu que pelo fato da estatal ser prestadora de serviço público, ela estaria incluída dentro dos precedentes da Corte sobre a impenhorabilidade de bens firmada nos casos ECT. Além disso, essa impenhorabilidade seria reforçada pela obrigação de continuidade dos serviços públicos. Ou seja, por prestar serviços públicos conforme o expresso no art. 30, V da Constituição, a empresa não poderia

ter suas rendas penhoradas pela Justiça, pois caso assim fosse, haveria possibilidade da empresa ter de paralisar a prestação desses serviços. Algo proibido pelo princípio da continuidade dos serviços públicos. O provimento final ordenou que a estatal fosse submetida ao esquema de pagamento já estabelecido anteriormente pela Justiça de São Paulo.

Ainda tivemos dois casos de controle abstrato em que o STF se vale da dicotomia nos exatos termos fixados nos casos ECT. O primeiro deles foi a ADI 1.552/DF. Nesta a controvérsia dizia respeito à exclusão dos advogados empregados das empresas estatais do regime do estatuto dos advogados, por força do art. 3º da MP 1.522/1996. Este dispositivo foi o questionado perante o STF, sob a alegação de que estaríamos diante de uma violação da isonomia de tratamento aos advogados empregados das estatais, uma vez que a própria Constituição impunha via art. 173, § 1º (redação anterior à EC 19/98) a equiparação de regime trabalhista entre as empresas estatais e as empresas privadas. A Corte concluiu que seria inconstitucional a exclusão dos advogados que trabalhassem nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica e consagrou uma suspensão parcial da eficácia da norma, sem redução do texto.

As razões para tal entendimento encontram abrigo exatamente na dicotomia. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica seriam as únicas efetivamente sujeitas ao regime de equiparação em relação às empresas privadas no que toca ao regime trabalhista. Necessariamente, este tipo de estatais deveria consagrar o regime da CLT para seus empregados, por força do art. 173, § 1º (redação anterior à EC 19/98). Sendo assim, a equiparação ordenada pela Constituição torna necessária a igualdade de regimes trabalhistas para advogados empregados em empresas privadas e os empregados em empresas estatais de atividade econômica³⁷.

A ADI 83/MG por sua vez, traz controvérsia um pouco mais complexa. A ação tratava da impugnação pelo Estado de Minas Gerais do art. 34 e parágrafos do ADCT da Constituição estadual. Em linhas gerais, esse artigo previa um esquema de remuneração dos "empregados e servidores públicos

³⁷ STF: ADI 1.552/DF – Plenário – Ministro Rel. Carlos Velloso – j. 14/04/1997 – pp. 100 – 102.

da administração direta e indireta” com o intuito de lhes restituir um patamar financeiro real idêntico ao existente em 1986. À época, os planos econômicos para tentar conter a hiperinflação fizeram com que muitos salários se depreciassem, e na tentativa de romper com esse quadro, algumas normatizações buscaram reestabelecer o poder de compra dos salários. No presente caso do art. 34 do ADCT da Constituição mineira, foi a vez dos salários dos empregados e servidores públicos tentarem ser recompostos.

A Corte vai se fiar em voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que declarava inconstitucional: (a) no art. 34, “caput”, a expressão “e o empregado público”, (b) no § 1º do artigo 34 da expressão “o empregados públicos” e (c) da integralidade do § 3º do art. 34.

As razões para tal dispositivo também se relacionam com a dicotomia. O argumento central parte da cisão por ela promovida a respeito da ordem econômica. Pertence vai dividir as estatais em prestadora de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, modulando a partir dessa cisão de atividades, a base de incidência do art. 173 da Constituição. Este se destinaria a regulamentar apenas as atividades econômicas. Os bancos estatais, regulados pelo § 3º do art. 34 do ADCT da Constituição local, explorariam atividade econômica o que atrairia a incidência do art. 173. Isso significa dizer que tais bancos estariam sujeitos a um regime trabalhista da CLT (art. 173, § 1º, CF). A consequência que Pertence extrai disso é a de que seria necessário que a regulamentação salarial, dentro desse regime privado imposto pelo art. 173, viesse ou por sentença normativa, ou por lei que seria de competência da União (art. 22, I, CF) ou por contrato individual ou convenções coletivas, que seriam as formas típicas desse regime privado. A Constituição de Minas Gerais não configuraria nenhuma dessas hipóteses possíveis, de modo que essas disposições seriam inconstitucionais.³⁸

As menções feitas pelo art. 34, “caput” e parágrafo primeiro aos empregados públicos (empregados das estatais, ao ver do Ministro) também padeceriam desse vício. Valendo-se dos mesmos argumentos apresentados

³⁸ STF: ADI 83/MG – Plenário – Ministro Rel. Sepúlveda Pertence – j. 24/04/1991 – pp. 39 - 40.

acima, o Ministro vai excluir do âmbito de incidência desse dispositivo os empregados das estatais exploradoras de atividade econômica³⁹. No entanto, o Ministro também enxerga inconstitucionalidades na atribuição desse regime de atualização salarial às empresas de serviço público. Para ele, mesmo estas estatais teriam personalidade jurídica de direito privado e estariam abrangidas por uma ordem que é expressa da Constituição: o regime trabalhista das empresas estatais é idêntico ao das empresas privadas. A natureza das atividades pouco importaria para fins de definição de regime trabalhista. A personalidade privada também atrairia um regime celetista para as estatais, o que atrairia a competência da União para regulamentar esses temas via legislação. Isso também tornaria inconstitucional a aplicação daqueles regimes previstos no art. 34 sobre as estatais prestadoras de serviço público⁴⁰.

É com esses argumentos que Pertence vai entender inconstitucional a expressão emprego público no art. 34, pois esta expressão permitiria a extensão do regime do art. 34 para os entes da administração indireta, como por exemplo as empresas estatais. E ainda, reconhece-se a partir dessa estrutura argumentativa a inconstitucionalidade total do § 3º do art. 34.

6. Algumas Incongruências da Dicotomia na Jurisprudência do STF

Após a série de casos apresentados no capítulo anterior, nos quais a estrutura argumentativa da Corte sobre a dicotomia manteve-se idêntica a firmada nos casos ECT, pretendo apresentar nesse tópico alguns casos em que o argumento apresenta algumas incoerências. Concentrarei minha exposição nos casos de três empresas estatais, quais sejam a Conab, o Hospital Nossa Senhora da Conceição (Hnsc) e a Eletronorte. Estas estatais apresentaram casos que colocam em xeque o esquema argumentativo que se manteve estável no Corte na maior parte dos casos e em alguns aspectos, levam o leitor a questionar inclusive se o STF realmente tem se utilizado do

³⁹ Idem: pp. 41 -42.

⁴⁰ Ibidem: pp. 43 -44.

critério da atividade para definir o regime jurídico das estatais. Iniciarei minha exposição pelo caso da Conab, partindo em sequência para apresentar os casos do Hnsc e, por fim, abordarei o RE da Eletronorte.

a) Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) e a dicotomia – Freios às Pretensões das estatais prestadoras de serviço público?

A Conab chega ao STF com o AgR 596.729/SC, no qual se debatia a extensão das prerrogativas processuais pertinentes à fazenda pública para a empresa estatal. Essa pretensão da empresa supostamente encontraria guarida no art. 100 da Constituição, que de acordo com a própria jurisprudência da Corte, seria aplicável às estatais prestadoras de serviço público. A estatal, nesse sentido, pretendia se ver caracterizada como prestadora de serviço público para usufruir das prerrogativas processuais da fazenda pública.

A incongruência que justifica a inclusão deste caso no presente capítulo não decorre propriamente do resultado do julgamento deste caso. Na verdade, a razão de decidir do agravo regimental foi uma questão processual. O Ministro Lewandowski argumentou que não houve prequestionamento da questão constitucional nas instâncias inferiores, negando conhecimento do agravo.

No entanto, o Ministro dedica algumas linhas de seu voto à tecer considerações sobre a possibilidade das prerrogativas processuais serem estendidas para a Conab. Nessa argumentação, o Ministro rompe com a expectativa criada pela jurisprudência da Corte ao dizer que do fato da estatal prestar serviço público não pode significar que ela terá direito a todas as prerrogativas de direito público. Ora, a jurisprudência da Corte estipulou a regra de que as estatais de serviço público teriam um regime de direito público, sem nenhum condicionamento. Inclusive, chega a promover a equiparação das estatais à fazenda pública para fins de impenhorabilidade de bens. Não fica claro qual seria o limite para a concessão dessas prerrogativas para as empresas estatais, mas o voto do Ministro Lewandowski parece indicar que há algum limite. A questão é observar se a Corte irá trabalhar no

sentido de fixá-los ou apenas continuará a produzir julgados que não atentam para estes limites.

b) Os casos Hnsc

O Hospital Nossa Senhora da Conceição chega ao STF a partir de três casos, o RE 580.264/RS, o AgR – RE 698.357/RS e o AgR – RE 709.225. O primeiro deles versa sobre a imunidade tributária recíproca, enquanto os dois últimos tratam da impenhorabilidade de bens.

A inclusão dos casos de impenhorabilidade de bens no presente capítulo se justifica mais por uma incongruência da própria Corte do que a respeito do uso da dicotomia. Ambos os casos eram semelhantes, o hospital pretendia ver declarado seu direito à impenhorabilidade de bens, no entanto, as controvérsias apresentaram decisões diametralmente opostas. No AgR – RE 698.357/RS, a Ministra Carmen Lúcia reconhece a natureza de estatal de serviços públicos para o HNSC e determina que este tem o direito de gozar da imunidade tributária. Por outro lado, no AgR – RE 709.225/RS, o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, consegue convencer a Turma de que o hospital explora atividade econômica e detém personalidade privada, de modo que, seria incompatível com seu regime jurídico a atribuição da prerrogativa da impenhorabilidade de bens.

A incongruência apontada, além de revelar que a Corte ainda não se definiu sobre qual é a natureza do HNSC, também revela a ambivalência do argumento, que criticamos no capítulo 4. Nos dois casos, que contam com provimentos diametralmente opostos, a dicotomia surge como argumento central da decisão.

No entanto, o principal foco de perplexidades relativas à dicotomia é o RE 580.264/RS. O caso em tela opôs de um lado o estado do Rio Grande do Sul e de outro o Hospital Nossa Senhora da Conceição. O Estado membro pretendia cobrar do hospital o ICMS, pretensão contra a qual a empresa estatal resistia alegando ser prestadora de serviço público sujeita à imunidade tributária.

A corrente majoritária que decide o caso foi formada pelos Ministros Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ellen Gracie, Dias Toffoli, Cezar Peluso e Celso

de Mello (que não junta voto aos autos). Tais Ministros, basicamente defendem que o hospital tem direito à imunidade tributária a partir de três argumentos centrais. O primeiro deles seria a inequívoca natureza pública do serviço de saúde. Esta natureza derivaria de uma série de dispositivos constitucionais, sobretudo o art. 6º, 196 e 197, e também de seu alto relevo social.

O segundo argumento era o de que, sendo público o serviço, o STF reconheceria em sua jurisprudência a incidência da imunidade tributária recíproca para este tipo de estatais. Por fim, o argumento que arrematou as teses desses três Ministros era o de que, diante da composição do capital social da sociedade de economia mista, com 99,99% do capital controlado pela União, não estaríamos diante de um ente da administração pública indireta, pelo contrário estaríamos diante da própria União prestando serviço público.⁴¹

A razão das inconsistências apresentadas neste julgado, a meu ver, deve-se a mudança do caráter do serviço público que figura no cerne da controvérsia levada ao Supremo. O serviço de saúde não se adequa perfeitamente aos pressupostos da dicotomia. Isso porque esta preconiza uma cisão da ordem econômica em dois campos herméticos, o campo do serviço público e o campo da atividade econômica, sendo que o primeiro deles é um domínio marcado pelo exclusivismo estatal. Em tese a iniciativa privada não teria acesso à atividade de prestar serviços públicos sem ato estatal anterior assim autorizando. Contrariando essa lógica, o serviço de saúde costuma ser considerado serviço público de alta relevância social, mas por força do art. 199 da Constituição, a livre iniciativa tem pleno acesso à exploração desses serviços. É como se a Constituição criasse um serviço público que não se adequasse dentro dos limites que o Supremo traçou, a partir da dicotomia, para o serviço público.

A equacionalização deste cenário não usual para os serviços públicos acabou criando mitigações a teses centrais da dicotomia. A primeira delas foi

⁴¹STF: RE 580.264/RS – Plenário – Ministro Rel. Joaquim Barbosa – j. 16/12/2010 – pp. 110, 114 e 121. Votos dos Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, respectivamente.

quanto à caracterização do serviço público. A Corte havia estabelecido em sua jurisprudência o liame direto entre a atribuição constitucional do serviço ao Estado e a exclusividade estatal de sua prestação, o que por sua vez, contribuía para atrair o regime jurídico público. No presente caso, esse liame desmorona, pois, mesmo que o art. 6º da Constituição defina a saúde como um dever do Estado, o art. 199 do mesmo documento, garante à iniciativa privada o livre acesso a exploração desse serviço.

Nesse sentido, os Ministros abriram mão da exclusividade estatal para proceder à classificação de uma atividade como serviço público. Na verdade, os Ministros rompem com o que afirmavam, para consagrar o entendimento de que a ausência de exclusividade estatal não é suficiente para afastar a natureza pública do serviço. No caso do serviço de saúde, sua natureza pública estaria muito bem evidenciada pela série de artigos constitucionais que reconheciam o dever estatal em sua prestação. É por essa razão que os Ministros citam recorrentemente os art. 6º, 196 e 197 da Constituição.

Por mais que possamos superar a questão da exclusividade estatal e reconhecer os serviços prestados pelo HNSC como serviços públicos, uma segunda questão se impõe para a Corte. Qual seria a diferença do serviço de saúde prestado pelas empresas estatais e o serviço de saúde prestado pelas empresas privadas que seria capaz de justificar a diferenciação de seu regime jurídico?

Aqui temos uma segunda relativização promovida pelos Ministros, sendo que agora, essa mitigação opera sobre a própria lógica de distinção dos regimes jurídicos a partir do critério da atividade prestada. A dicotomia promove a distinção de regimes jurídicos pela classificação das atividades das estatais. Em geral, a classificação de uma estatal como prestadora de serviço público é suficiente para distinguir seu regime jurídico, no entanto, no caso do serviço de saúde é diferente. Reconhecer que o HNSC presta serviço público por prestar serviço de saúde não o diferencia das empresas privadas que atuam no setor, que também exploram o serviço de saúde. Nesse sentido, a natureza da atividade por si mesma não tem potencial para ser o critério de diferenciação de regimes jurídicos, sendo necessário algum critério

a mais para legitimar o fato das estatais deterem prerrogativas de direito público e as empresas privadas não.

Poucos Ministros percebem a delicadeza do argumento da dicotomia nos casos dos serviços de saúde. O único que se manifesta de modo mais enfático sobre o tema é o Ministro Joaquim Barbosa que vai defender a adoção do critério da finalidade da exploração. Para ele, as empresas estatais que prestassem serviço de saúde não teriam fins lucrativos, diferentemente das empresas privadas do setor, que teriam o intuito de obter lucros. Em termos objetivos, esse intuito lucrativo é analisado a partir do atendimento de pacientes de convênios privados. Caso a empresa o faça, o Ministro reconhece aí um indício de intuito lucrativo, entendendo não ser possível atribuir-lhe a imunidade tributária. Caso o hospital atenda apenas pacientes SUS, estaríamos diante de uma prestadora de serviço público.

É desse modo que Barbosa salva a coerência do argumento da dicotomia nos casos HNSC. No entanto, acaba por definir que para fins de determinação de regime jurídico importa analisar não só a natureza da atividade da estatal como também a finalidade da exploração dessas atividades. O critério inicial da dicotomia, que era a natureza da atividade em si mesma considerada, é substituído por uma leitura finalística da exploração do serviço. Essa nova incongruência do uso da dicotomia nos leva a novamente levantar dúvidas sobre o efetivo uso do critério da atividade para determinar o regime jurídico das empresas estatais no STF.

c) O caso Eletronorte

A Eletronorte chegou ao Supremo a partir do RE 599.628/DF, no qual se debatia a possibilidade de se penhorar os bens da estatal para o adimplemento de débito de R\$ 237 milhões contraído com seus credores privados. Com o intuito de evitar essa penhora, a estatal alegou ser prestadora de serviço público e que, portanto, estaria inserida na jurisprudência da Corte como uma instituição que detém o direito de fruir da impenhorabilidade de bens.

A corrente majoritária do Plenário foi formada pelos Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Ellen Gracie,

Luiz Fux e Cezar Peluso. Todos eles alegaram seguir o voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, responsável por “inaugurar” a divergência na Corte neste caso. A tese central dessa corrente é a de que o setor elétrico já não é mais um âmbito titularizado pelo Estado. Longe disso, após as reformas promovidas na década de 1990, o setor passou a conviver com a concorrência entre empresas privadas e empresas estatais, passando a ser caracterizado como um ramo típico da atividade econômica.

Porém, para o Ministro Joaquim Barbosa a caracterização da natureza da atividade (pública ou econômica) não seria critério suficiente para definir a incidência ou não de prerrogativas de direito público. Ora, existiriam atividades que o STF reconheceria a incidência de prerrogativas de imunidade tributária e outras que apresentam natureza tipicamente pública, mas que são exploradas também por entes privados. A natureza dessas atividades exploradas pelos privados é pública, mas não lhes assegura prerrogativas típicas da administração direta. Portanto, o critério que distinguiria regimes jurídicos não seria a natureza da atividade, como no caso alega o Ministro Carlos Britto e a maioria dos julgados do STF sobre a dicotomia. Para Barbosa, seria necessário analisar um elemento a mais, que é a intenção na exploração da atividade.⁴²

Quanto a esse último critério, o Ministro conclui a Eletronorte teria intuito lucrativo na exploração dos serviços de energia elétrica. São três os fatores que o levam a esse juízo. O primeiro foi o aumento patrimonial da empresa,

⁴² É interessante notar que já havíamos notado essa tendência do Ministro Joaquim Barbosa criar novos critérios para além da ideia de “natureza da atividade” para justificar a diferenciação entre regimes jurídicos das estatais e empresas privadas. Nos casos do Hospital Nossa Senhora da Conceição, esse tipo de argumento já havia surgido. No presente RE, essa argumentação surge em outros momentos, por exemplo, quando a Ministra Cármen Lúcia nas pp. 180 – 181, indaga ao Ministro Ayres Britto: “quando [...] a empresa Leopoldina, em MG, presta serviço e a Cemig também, a Cemig se inclui no sistema de precatórios [...] e a entidade que presta o mesmo serviço não entra. Porque aí, [...], em seu voto, afirma o tempo todo é que o serviço é como se fosse um toque de Midas que faz com que aquele regime prevaleça [regime público].” A Ministra segue e indaga se o Ministro Britto estaria disposto a reconhecer a prerrogativa para entes privadas se o mesmo serviço for prestado por particular e por estatal de serviço público. O Ministro responde que não estaria. Todos esses pontos evidenciam que apesar de alegar que a diferenciação se dá pela natureza do serviço, em alguns casos, o STF manipula esse argumento. Mesmo dizendo que o critério é a atividade prestada, a Corte decide com base em outros critérios. Como por exemplo, a identificação da presença estatal na atividade, a equiparação entre administração direta e indireta, e outros que apresentamos ao longo da monografia.

que atingiu o valor de R\$ 10 bilhões em 2010. O Ministro ainda se pauta no fato da controladora da Eletronorte, a Eletrobrás, comercializar ações no mercado de capitais. Por fim, o Ministro menciona que a empresa registrou em 2010 cerca de R\$ 17 bilhões em ativos. Todos esses fatores evidenciariam um intuito lucrativo da empresa. Desse modo, a Eletronorte seria uma estatal exploradora de atividade econômica para a maioria da Corte, não fazendo jus, portanto, à impenhorabilidade de bens.

As perplexidades que este caso levanta podem ser reconhecidas de certo modo como a síntese de algumas preocupações que levantei ao longo desta monografia. A primeira delas é a questão do desgaste do critério da natureza da atividade como um ponto de diferenciação dos regimes jurídicos.

Nos casos ECT, no RE 601.392/PR, já havíamos apontado algumas mitigações do critério da atividade para definir regimes jurídicos. Naquela ocasião relativizou-se o fato da ECT explorar atividades econômicas e garantiu-se o regime de direito público para a estatal.

Já nos casos HNSC, no RE 580.264/RS, a mitigação do critério da atividade se deu na medida em que a Corte percebe que a natureza dos serviços de saúde prestados pelas empresas estatais é idêntica ao dos serviços prestados pelas empresas privadas, tornando-se necessário mais um critério de distinção de regimes jurídicos, que no caso, foi o critério da finalidade aventado solitariamente pelo Ministro Joaquim Barbosa.

No caso Eletronorte, essa mitigação “perdeu a timidez”, sendo expressamente afirmada pelo Ministro Barbosa, que dessa vez, encabeça a tese vencedora. Para ele, a atividade em si mesma não é suficiente para determinar o regime jurídico das estatais, sendo necessário, apreciar a intenção da exploração dessa atividade para, aí sim, determinar o regime jurídico das empresas estatais. Esse entendimento supera os termos mais ortodoxos da dicotomia, que calcam-se exclusivamente na natureza da atividade. É nesse sentido que entendo existir um desgaste do critério da atividade em si, e o STF aproveita-se desse desgaste para manipular o critério de distinção de regimes jurídicos, ora pendendo para a finalidade da atividade, ora pendendo para a atividade em si.

O segundo problema do caso Eletronorte envolve a questão anteriormente apontada sobre a mitigação da personalidade jurídica das estatais. Em grande parte dos julgados, essa mitigação não vinha de modo expesso. Ora vinha sob o argumento da “longa manus”, que afirmava as empresas estatais como extensões da administração direta e que, portanto, deveriam gozar das mesmas prerrogativas. Ora vinha sob a forma do argumento da composição do capital social das sociedades de economia mista. Foi recorrente estes promoverem a equiparação entre as sociedades de economia mista com a administração direta sob o argumento de que seu capital social era majoritariamente pertencente à administração direta e que, por isso, o regime jurídico destas estatais deveria ser o que o de suas controladoras. Ambos esses fenômenos, a meu ver, refletem uma equiparação entre as estatais de serviço público e a administração direta e a consequente mitigação da personalidade das estatais.

No entanto, no caso Eletronorte essa tese ganha contornos de oficialidade. O voto do Ministro Carlos Ayres Britto assume sem delongas a equiparação entre esses dois entes. No entanto, o faz sob o manto de uma longa construção teórica sobre o conceito de Poder Público. Para ele, este conceito abarcaria toda a Administração Pública, incluindo-se as empresas estatais, que atuassem no atendimento do interesse público, de modo que, todos os entes que se inserissem nesse grande conceito “Poder Público” (ou Setor Público), deveriam gozar do regime jurídico de direito público. A tese foi considerada vencida, no entanto, entendo que o Supremo nos dá indícios de que tem uma tendência de se desconsiderar a importância da personalidade jurídica das empresas estatais para fins de determinação de seu regime de atuação.

Estas foram algumas perplexidades que chamaram atenção nos casos que analisei na presente monografia. Destaquei neste capítulo que agora se encerra os pontos de reflexão, ou melhor, os pontos em que a dicotomia sofreu algum abalo em suas bases fixadas nos casos ECT. No entanto, entendo que a análise crítica que realizei no capítulo 4 deste trabalho aplica-se também aos casos aqui destrinchados, desse modo, o modelo de argumentação da Corte sobre a dicotomia mantém-se estável, o que de um

lado aumenta a segurança jurídica em seu entorno, mas também é capaz de promover a continuidade dos vícios de argumentação apresentados no capítulo 4.

Após essa análise dos casos lidos para esta monografia, apresento minhas conclusões finais no capítulo que segue.

7. Conclusões Finais

O presente trabalho teve como mote inicial a tentativa de compreender como o Supremo Tribunal Federal vem moldando o regime jurídico das empresas estatais a partir de um argumento específico, qual seja, o argumento da dicotomia empresa estatal prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.

O escopo, como demonstrei na introdução do presente trabalho, não era simplesmente entender quais os tipos de normas o STF vinha determinando como componentes do regime das empresas estatais, mas era também compreender o que era esse argumento. A dicotomia surge como um critério de objetivação da determinação do regime das estatais, e que foi absorvido nesse sentido pela jurisprudência do STF. Desse modo, entendi relevante mapear o argumento, identificando quais são os critérios utilizados pela Corte para identificar o serviço público ou a atividade econômica, quais as consequências normativas que a Corte determina para o ordenamento jurídico das empresas estatais a partir de sua classificação em um dos termos da dicotomia. Por fim, busquei também compreender como se dava a dinâmica argumentativa dos Ministros na utilização da dicotomia.

Esses três problemas de pesquisa foram apresentados anteriormente no capítulo um deste trabalho em três núcleos de perguntas, que agora, ao final da pesquisa, retomo para evidenciar minhas conclusões finais sobre os mesmos.

- a) *Como o STF tem delimitado a dicotomia empresas estatais prestadoras de serviços públicos versus empresas estatais exploradoras de atividade econômica?*

Essa primeira pergunta geral encontra nos acórdãos resposta quase que constante. Ou seja, a Corte aplica o argumento da dicotomia, com poucas variações ao longo de sua jurisprudência, adotando-a em um paradigma quase que único. O STF entende que a Constituição Federal de 1988 teria consagrado uma cisão da ordem econômica em dois tomos que conteriam atividades com naturezas radicalmente opostas entre si. De um lado, teríamos o serviço público, que se oporia ao outro polo da ordem econômica, as atividades econômicas.

O serviço público seria caracterizado pela Corte como atividades essenciais para a sociedade, que deveriam, em função disso, ter sua prestação obrigatoriamente garantida pelo Estado. Nesse sentido, os Ministros argumentavam que não só a prestação desses serviços seria obrigatória para o Estado, mas também que estes seriam exclusivamente prestados pelos Estados. A essencialidade dos serviços preconizaria o afastamento das atividades de natureza pública das suscetibilidades que a iniciativa privada submeteria a prestação desses serviços. Portanto, foi comum identificar a ideia de que serviços públicos encontram-se sob a titularidade estatal, de modo que apenas com a autorização estatal é que seria possível a prestação de serviços públicos via iniciativa privada.

Por outro lado, as atividades econômicas seriam aquelas titularizadas pela iniciativa privada, marcadas não por sua essencialidade, mas sim pelo seu intuito lucrativo e pela exploração em regime de livre iniciativa e também de livre concorrência. Nesse sentido, a atuação estatal nesse âmbito é que seria restrita, só sendo possível nas hipóteses fixadas no “caput” do art. 173 da Constituição, ou seja, casos em que a segurança nacional ou outro relevante interesse social demandem a intervenção direta do Estado.

a.1) Quais os argumentos que evidenciam os critérios de diferenciação entre estas duas espécies de atividades das empresas estatais?

A partir da distinção genérica entre esses dois âmbitos da ordem econômica, a Corte passou a apresentar alguns critérios objetivos que os permitissem identificar de maneira mais palpável quais atividades seriam

tidas como serviço público e quais seriam tidas como atividades econômicas. Para os serviços públicos, o critério principal foi o que chamei ao longo da monografia de "atribuição constitucional do serviço ao Estado". Basicamente, os Ministros entendiam que a existência de preceito constitucional, atribuindo um dado serviço à competência de um ente político qualquer (União, Estado membro ou Municípios), era evidência que o constituinte quis reservar este serviço em específico para a competência exclusiva do Estado. Bastava a norma dizer que a competência para explorar um determinado serviço era de um ente federado, que os Ministros compreendiam imediatamente que estaríamos diante de serviço público. Isso fez com que os Ministros se pautassem quase que exclusivamente nos artigos da Constituição que definem os serviços de competência dos entes federados, sobretudo, os art. 21 e incisos e sobre o artigo 30 da Constituição.

No entanto, apesar de principal, esse não foi o único critério utilizado pela Corte para caracterizar o serviço como público. O STF em alguns casos, apelou ainda para o critério da relevância social do serviço. Os Ministros buscavam caracterizar, além da atribuição constitucional do serviço ao Estado (quando o parâmetro constitucional existia), elementos que evidenciassem que aquele serviço era indispensável para a comunidade.

Já no caso das atividades econômicas, os critérios objetivos foram mais variados. O mais utilizado, definitivamente, era a constatação da existência de livre concorrência em determinados mercados. Notada a existência desse tipo de situação de mercado, os Ministros classificavam automaticamente a empresa estatal como exploradora de atividade econômica. Além disso, agregava-se a esse critério, a distribuição de dividendos pelas estatais, pois revelaria um intuito lucrativo na exploração da atividade. Ademais, foi comum notar no voto dos Ministros a ideia de que a comercialização de ações na bolsa de valores revelaria também essa natureza estritamente econômica da atividade explorada. No caso Eletrobrás ainda surgem elementos pouco ortodoxos para se dizer que a atividade de geração e coordenação da produção de energia elétrica na região norte do país é atividade econômica. Naquele caso, os Ministros destacam o fato da Eletrobrás deter patrimônio elevado e ter promovido um aumento patrimonial nos últimos anos, como

evidencia de que esta seria uma estatal exploradora de atividade econômica.⁴³

a.2) Os argumentos são fundamentados no art. 173 e art. 175 da Constituição?

Destaco ainda que o alicerce normativo para que a Corte identificasse essas controvérsias variou levemente ao longo do tempo. De início, a interpretação de que a Constituição de 1988 promovia uma cisão da ordem econômica entre serviço público e atividade econômica, pautava-se em leitura quase que exclusiva do art. 173. Entedia-se que o dispositivo apontado tratava de um tipo específico de atividade econômica. Este trataria basicamente das atividades econômicas da livre iniciativa, ou seja, marcadas pela livre concorrência e intuito lucrativo. Daí a necessidade de equiparação entre regimes jurídicos das empresas estatais e entre as empresas privadas.

Os serviços públicos, por sua vez, teriam regulamentação diversa, admitida pelo próprio artigo 173 da Constituição, que inicia sua redação com uma exceção: "*Ressalvados os demais casos previstos nesta Constituição [...]*". A Corte interpretava que aí estava o comando expresso para entender que a Ordem Econômica seria composta de dois âmbitos distintos. No entanto, essa foi uma interpretação fixada pelo Ministro Maurício Corrêa, nos casos da impenhorabilidade dos Bens da ECT, que acabou não prevalecendo.

Pouco tempo depois desses julgados, a Corte já passa a encontrar alicerce normativo distinto para a justificação da existência de uma cisão na ordem econômica. Agora, o local normativo dessa cisão está em uma contraposição entre o art. 175 e o art. 173 da Constituição. O primeiro fixaria que os serviços públicos deveriam ser executados pelo Estado de maneira direta, ou seja, fixariam a competência exclusiva estatal para a prestação dos serviços de natureza pública. Enquanto o art. 173 regulamentaria as atividades econômicas, preconizando um regime de equiparação jurídica entre empresas estatais e empresas privadas.

⁴³ Cumpre notar que estes são critérios adotados pela Corte, mas que não apresentam em si relação com a natureza das atividades. O crescimento patrimonial, por exemplo, pode indicar a eficiência econômica da empresa, não necessariamente o intuito de lucratividade na exploração da atividade.

Porém, por mais que encontrássemos em alguns casos essa diferenciação calcada exatamente nesses artigos, na maioria das vezes, o STF objetivou a análise. Partia-se diretamente para a verificação da existência de norma constitucional que atribuísse o serviço para algum ente estatal e a partir disso se determinava a natureza do serviço. Portanto, a prestação de serviços públicos teve sua caracterização normativa, em termos mais concretos, deslocada do art. 175 para os art. 21, 24 e 30 da Constituição, na maioria dos casos.

a.3) Há alguma diferença entre os casos julgados antes da Emenda Constitucional 19/98 e os julgados depois desta?

Essa pergunta se mostrava relevante antes do desenvolvimento da pesquisa, pois esta emenda veio a promover significativas alterações no art. 173 da Constituição. A alteração de um parâmetro que era apontado tradicionalmente como a norma que regeria um dos tomos da dicotomia aqui estudada (o da atividade econômica) poderia nos indicar algum tipo de reflexo sobre a forma da Corte argumentar a seu respeito. No entanto, o reflexo dessa emenda sobre a argumentação do STF inexistiu. A única diferença foi a de que entre 1998 e 2011, alguns Ministros agregaram em seus votos trechos dizendo que a emenda constitucional 19/98 não teve o condão de alterar o entendimento da Corte sobre o tema. Ademais, não constatei nenhuma mudança material no argumento, os Ministros continuaram a apresentá-lo como um elemento de cisão da ordem econômica

Portanto, não houve diferença alguma quanto à forma de argumentar da Corte, de modo que é possível afirmar que a emenda não teve influência sobre o modo de decisão da Corte. O que é compreensível pois a EC 19/98 trata-se de uma emenda que apenas tratou de esmiuçar os comandos antes existentes no mesmo art. 173, porém, que regiam o regime das estatais de forma mais genérica.

a.4) O STF constrói uma dicotomia sólida para a solução dos casos concretos? É possível verificar um padrão que defina as situações e o modo em que o STF usa a dicotomia?

Essas foram duas perguntas que inicialmente fiz, preocupado com eventuais inconsistências que a Corte viesse a cometer na utilização da dicotomia. No entanto, acredito ser possível alegar que o STF, de um modo geral, manteve uma aplicação constante da dicotomia. A caracterização que expusemos anteriormente, manteve-se em quase todos os casos. No entanto, isso não exige a Corte de algumas inconsistências, sobretudo no que tange a real utilização do critério da natureza das atividades das estatais como forma de se determinar seu regime jurídico.

Além de manter em linhas gerais a coerência argumentativa, a Corte ainda manteve a aplicação da dicotomia em certas situações padrões. Os casos em que ela surgiu foram eminentemente casos de determinação da incidência de prerrogativas de direito público sobre o regime jurídico das empresas estatais. Nessas controvérsias, a Corte invariavelmente se valeu do argumento da dicotomia para decidir o caso. Os temas, também foram quase que constantes. Tratavam quase sempre de controvérsias envolvendo ou a impenhorabilidade de bens da estatal, imunidade tributária ou aplicação de regime de precatórios. Raros foram os casos que fugiram a essas temáticas.

b) Quais foram as consequências do uso da dicotomia para o regime jurídico das empresas estatais?

b.1) Temos apenas a aproximação do regime jurídico das estatais ao direito público e/ou ao direito privado?

O uso da dicotomia pelo Supremo Tribunal Federal molda o regime jurídico das empresas estatais, estipulando um regramento que é bastante simples. As empresas estatais prestadoras de serviço público apresentam um regime jurídico de direito público, o que lhes permitiria gozar de certas prerrogativas típicas de entidades da administração direta. A partir desses raciocínios os Ministros entenderam aplicáveis para esse tipo de empresa estatal, as prerrogativas da imunidade tributária, impenhorabilidade de bens e o

consequente regime de execução de seus débitos via regime de precatórios. Sendo assim, foi possível também extrair um regramento a contrário senso, ou seja, as empresas estatais exploradoras e atividade econômica não fariam jus a essas prerrogativas.

Essa primeira consequência sobre o regime jurídico das empresas estatais de certo modo revela uma tendência na jurisprudência do STF de publicização do regime das empresas estatais. Os argumentos doutrinários que levantamos no início desta pesquisa salientavam exatamente um caráter híbrido para o regime das empresas estatais. A despeito disso, a Corte demonstrou uma visão mais radical, o fato das estatais prestarem serviços públicos faria com que seu regime jurídico fosse inteiramente público. Essa noção surge nos acórdãos a partir das teses, defendida eminentemente pelo Ministro Carlos Velloso, de que o regime das empresas estatais de serviço público seria análogo ao regime das autarquias, que por sua vez, é inteiramente público. Em outros acórdãos, foi recorrente identificar passagens em que os Ministros afirmam diretamente que o regime desse tipo de estatais seria público. Raras foram as ocasiões em que esses juízos foram temperados, deixando-se de lado o hibridismo jurídico das estatais.

Esse maior radicalismo dos Ministros na definição do regime das estatais como público teve relação com um certo intuito de proteger a prestação universal e contínua dos serviços públicos. Tal situação restava evidente em certos casos como o da ECT⁴⁴ ou o do Metrô de São Paulo, onde os Ministros atribuíam certas prerrogativas para as estatais em questão, alegando em sequência que os serviços públicos não poderiam sofrer paralisações abruptas ou deveriam ser prestados de maneira universal (para todos, onde quer que se localizem). Nesse sentido, não conceder prerrogativas como a imunidade tributária ou a impenhorabilidade de bens para as estatais de serviço público seria prejudicar a prestação desses serviços tão essenciais para a população.

Apesar de aparentemente a decisão de se publicizar o regime das estatais poder estar protegendo a prestação de serviços públicos, por outro lado, ela pode estar prejudicando a própria razão de ser das empresas estatais. Ora,

⁴⁴ Sobretudo o RE 691.392/PR.

a opção política de se criar empresas estatais ao invés de qualquer outra entidade da administração indireta (autarquia, fundação de direito público) tem algum significado. Em geral, está associado com a tentativa de exploração estatal de um dado serviço, público ou não, de maneira mais flexível, dispensando-se as amarras burocráticas a que está sujeita a atuação da administração direta. A ideia de se conferir estatuto empresarial a uma entidade da administração se fundamenta nesse ponto. No entanto, a partir do momento em que a Corte reconhece que o regime das estatais é público, o significado da escolha política por um modelo empresarial para se prestar um dado serviço se perde. O STF acaba por promover a “reburocratização” de um regime que nasce para ser flexível, sob o argumento de se estar protegendo o serviço público.

Esse problema resta adormecido na Corte por, na maioria dos casos, se decidir sobre a incidência ou não de normas que supostamente tratariam de “privilégios” para as empresas estatais (não pagamento de tributos, a impossibilidade da execução imediata de seus bens). Apesar do tipo de normas atribuídas às estatais diretamente pela Corte não representarem em si mesmas uma maior burocratização das estatais, a argumentação da Corte ao reconhecer o regime destas como sendo público, forma precedentes que podem vir a servir de fundamento para posteriores entraves para a atuação das estatais, sobretudo, as estatais de serviço público. A análise desse tipo de consequências sobre a atuação das empresas estatais não surge nos votos dos Ministros, que na maioria dos casos mantém uma argumentação abstrata sobre o regime das estatais.

A Corte parece ignorar o papel regulamentador da atuação das empresas estatais que suas decisões podem apresentar para além do caso concreto. Como Tribunal de cúpula responsável por julgamentos com fortes consequências para o Judiciário e para a Administração, acredito ser importante também entender que a decisão de um caso concreto também pode ter impactos para além das partes envolvidas na controvérsia. Por exemplo, o provimento sobre o regime de adimplemento dos débitos das estatais reflete-se na definição das expectativas dos agentes que se relacionam com as empresas estatais.

A omissão desse tipo de análise da Corte fica evidente, por exemplo, no que tange à relação entre as empresas estatais e os entes políticos nos casos da imunidade tributária. A Corte decidia em abstrato sobre concessão da imunidade tributária para as empresas estatais de serviço público, porém, nada firmava a respeito dos limites dessa imunidade. Desse modo, apesar de resolver a controvérsia do caso concreto, não solucionava as dúvidas dos agentes envolvidos nos conflitos. A imunidade tributária se aplica a todas as atividades da estatal? Se não, quais atividades devem ser tributadas? Como distingui-as das demais?

O resultado nesses casos foi que, apesar da Corte alegar a imunidade tributária das empresas estatais, os municípios e Estados membros continuaram a tentar tributar certas atividades e bens destas empresas, até que em 2013 a Corte veio a fixar os limites da imunidade tributária e isso, apenas para a ECT. Esse dever de se preocupar com os efeitos externos de sua decisão é ampliado pela existência do instituto da Repercussão Geral, que confere um potencial replicador para as decisões da Corte. Em tese, todo o Judiciário deverá replicar o que o STF define em sede de Repercussão. É preciso que a Corte passe a se enxergar não só como um Tribunal mas também como um agente que regulamenta relações sociais.

Cumprindo ainda destacar que essa publicização preconizada pela jurisprudência do STF afeta não só a atuação da própria empresa estatal, mas cria um novo elemento que o poder Executivo deverá levar em consideração para utilizar das empresas estatais em suas políticas públicas. A opção por se criar uma estatal agora deve ser balizada também pelo entendimento de que o STF apresenta uma tendência de publicizar um regime que supostamente deveria ser flexível e mais afeito aos regramentos privados. Esse debate, tampouco foi identificado nos votos, o que acentua a crítica desenvolvida nos parágrafos acima.

Portanto, não tivemos uma mera aproximação do regime de direito público sobre as estatais prestadoras de serviço público, o movimento da Corte tendeu a ser mais radical, no sentido de uma equiparação total com o regime jurídico público.

b.2) Há alguma relação entre a natureza das atividades das empresas estatais e as normas que o STF permite que incidam sobre o regime jurídico destas?

A dicotomia é um argumento que pretende definir o regime jurídico das empresas estatais a partir da natureza de suas atividades. Nesse sentido, seria até mesmo óbvio a resposta desta pergunta formulada no início da pesquisa. E de fato, a Corte em boa parte dos casos alega que está decidindo o regime jurídico das empresas estatais com base na natureza de suas atividades. No entanto, na medida em que avancei na leitura dos acórdãos pude notar que concorriam argumentos ao lado dos referentes à natureza das atividades da estatal e que assumiam importância para a decisão dos Ministros a respeito do regime das estatais.

Esses argumentos foram o de que as estatais consistiriam em verdadeiras "*longa manus*", instrumentalidades ou "apêndices" da União e que, por isso, não haveria problema em atribuir certas prerrogativas típicas da administração direta sobre as empresas estatais. Surgiram ao lado desse argumento também, o de que em sociedades de economia mista, o quadro acionário de domínio evidente do Estado, evidenciaria que a prestação de um dado serviço público estaria se dando na verdade pela própria União ou por qualquer pessoa jurídica da administração direta criador da estatal.

São argumentos que surgiram nos acórdãos com o intuito de afastar um argumento comumente levantado contra a atribuição de prerrogativas de direito público sobre o regime jurídico das empresas estatais. Refiro-me ao argumento que busca evidenciar que as empresas estatais seriam entes dotados de personalidade jurídica própria, autônoma em relação a seu ente criador e que esta teria natureza privada. Por essa razão, atribuir prerrogativas de direito público a esse ente seria desconsiderar a natureza privada de sua personalidade jurídica, que necessariamente demandaria um tratamento de direito privado. Contra esse argumento, os Ministros tentam mitigar a importância da personalidade das empresas estatais, a partir da demonstração de que estas não seriam entes tão diferentes assim da administração direta. Na verdade, seriam meras instrumentalidades da

administração direta, ou seja, antes que estariam sujeitos às vontades da administração direta, sendo mero meio para que esta atingisse seu fim que é a prestação de serviços públicos.

Com essa forma de argumentar, a Corte evidencia que as estatais seriam o caminho utilizado pela administração direta para a prestação de certos serviços públicos, de modo que se o regime da atuação da administração direta comporta prerrogativas de direito público, com as empresas estatais não poderia ser diferente. Na verdade, pelo fato destas consistirem em meras instrumentalidades para a administração direta prestar serviços públicos, seria natural que gozassem de prerrogativas de direito público, uma vez que, seriam verdadeiros meios de atuação da administração. É como se criasse uma simbiose entre empresas de serviço público e administração direta, de modo que seus regimes deveriam ser idênticos.

O efeito que salta aos olhos desta argumentação é a aniquilação da personalidade jurídica das empresas estatais. Estas são transformadas em meios de atuação da administração direta, de modo que seu regime jurídico deve ser idêntico ao da atuação da administração direta, ou seja, um regime de direito público. Ao promover esse tipo de argumento, a Corte suprime qualquer diferença entre o regime das entidades da administração indireta e o regime da administração direta, na verdade, confunde as estatais de serviço público e a administração direta em um ente só.

A Corte também ignora, nesse sentido, a importância da personalidade jurídica autônoma das empresas estatais de serviço público. Estas devem ser autônomas para gerir seus recursos, dar continuidade a investimentos, promover inovações na prestação de seus serviços. No entanto, ao conformar as estatais como mera instrumentalidade, o STF transforma em órgão da administração direta um ente que nasce para ser autônomo em relação a esta entidade.

Esse argumento ainda cria um condicionamento para o argumento da dicotomia. A Corte não confere a prerrogativa pública apenas porque a natureza da atividade é pública, mas também porque estamos diante da própria entidade da administração direta prestando um serviço público.

Sugere-se aqui um condicionamento entre a atribuição da prerrogativa e a pessoa que presta o serviço público. Só terá direito a normatizações de direito público as empresas estatais em que se tenha a evidência de que se trata da própria administração direta prestando o serviço.

Esse diagnóstico se agrava nos casos em que temos serviços públicos que são partilhados entre a administração pública e a iniciativa privada. Refiro-me aos casos dos serviços de saúde e de energia elétrica. Nestes, tanto as empresas da livre iniciativa quanto as empresas estatais prestam serviços de mesma natureza. No entanto, a Corte se recusava a atribuir as mesmas prerrogativas para as empresas privadas que explorasse o serviço de saúde ou o serviço de energia elétrica. Se a atividade era a mesma, não faria sentido afirmar que apenas as estatais teriam direito às prerrogativas de direito público em virtude da natureza de suas atividades. Ora, nesse sentido, se as atividades prestadas são as mesmas e o único fator variável é a pessoa jurídica que a presta, podemos concluir que a Corte entende que o regime jurídico da execução de certas atividades varia de acordo com a pessoa que a presta. Aqui, o condicionamento entre atribuição da prerrogativa de direito público e a presença estatal sobre a atividade é ainda mais evidente.

Apesar de boa parte dos Ministros ignorar esse fato e continuaram argumentar com base na natureza pública das atividades, outros criam novos critérios para justificar essa diferenciação de regimes. O principal desses novos critérios foi a finalidade lucrativa da exploração do serviço público. A partir disso, alguns Ministros como Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia tentaram manter a coerência da distinção de regimes jurídicos. No entanto, foi necessário para tanto, afirmar que a natureza das atividades não era critério para distinguir os regimes jurídicos das empresas estatais e privadas que prestassem serviços de saúde e ou de energia elétrica. Ora, mais uma vez a Corte relativiza a importância da natureza das atividades como argumento para definir os regimes jurídicos das estatais, dando destaque para a pessoa que o presta.⁴⁵

⁴⁵ Aqui identifico uma certa ausência de solidez na argumentação da dicotomia como havia apontado anteriormente no tópico a.4 anteriormente.

Por fim, a última evidência de que o Supremo em certos casos manipula esse critério da natureza da atividade ocorreu no RE 601.392/PR. Neste a Corte reconhece que a ECT atua em diversos âmbitos que não constituem serviço público, mas mesmo assim, prefere manter as prerrogativas de direito público sobre todas as atividades da empresa. Se a concessão de prerrogativas estivesse estritamente condicionada a natureza dos serviços, na medida em que a ECT ingressasse em campos da atividade econômica, a Corte deveria reconhecer que ali não mais caberiam prerrogativas de direito público. No entanto, os Ministros desconsideraram esse fator e mantiveram a prerrogativa da imunidade tributária sobre todas as atividades da empresa. A justificativa para manter a prerrogativa foi a proteção do sistema de subsídios cruzados da empresa e também o fato da ECT explorar atividades econômicas sem finalidade lucrativa.

É nesse sentido que verifico uma falta de solidez na argumentação da dicotomia. Esta, em tese, preconiza uma distinção de regimes para as estatais a partir da natureza de suas atividades. No entanto, a Corte se apropria desse argumento e manipula seu critério de definição de regime jurídico, ora excepcionando-o sob o argumento da finalidade da exploração (se lucrativa ou não), ora conjugando-o silenciosamente à pessoa jurídica que está por trás da prestação do serviço, mitigando, em ambos os casos, a importância do critério da natureza do serviço para a definição do regime jurídico.

b.3) A autorização da incidência de certos tipos de normas sobre o regime jurídico das estatais tem sido estendida para todas as que tenham atividades de mesma natureza ou se restringem à empresa envolvida no caso?

Essa pergunta em minha monografia revela uma preocupação com a coerência da Corte na aplicação do argumento da dicotomia. Esta se justificava por que na medida em que procedi à seleção de casos para este trabalho, notei que a maior parte dos casos eram recursos extraordinários. Preocupei-me pois na medida em que a utilização do argumento se dava em casos concretos diferentes, com empresas estatais diferentes, a análise das atividades de cada uma dessas empresas poderia levar a Corte a classificar de modo distinto as estatais que chegavam ao Supremo com seus litígios. Ou

seja, a Corte poderia criar precedentes específicos, mais afeitos às peculiaridades de cada estatal que chegavam ao STF, o que levaria a Corte a restringir a conformação do regime jurídico das estatais ao caso concreto, não valendo-se destes julgados para definir o regime de estatais diferentes.

No entanto, essa preocupação não se confirmou. O uso de precedentes pelo Supremo para definir os julgamentos sobre o regime das estatais evidencia que a Corte não fixa precedentes específicos. Na verdade, formam-se precedentes a respeito da tese em abstrato da dicotomia, de modo que foi recorrente notarmos a utilização de precedentes de uma estatal para legitimar a atribuição de prerrogativas de direito público para estatais diferentes. Portanto, o que a Corte entende ter fixado em sua jurisprudência não é a atribuição da prerrogativa da imunidade tributária para a ECT, por exemplo. O precedente fixado no exemplo dado seria o de que empresas estatais prestadoras de serviço público tem direito à prerrogativa da imunidade tributária. E isso era replicado pra todas as empresas que a Corte entendia ser de serviço público.

Isso por um lado é positivo, pois permite ao STF conformar uma tese estável sobre a definição do regime jurídico das estatais. De outro lado, essa estabilidade do argumento faz com que o Supremo deixe de avaliar de maneira profunda os casos que as novas estatais levam à Corte. Consagra-se um tratamento de jurisprudência pacificada para quase todas as estatais, mesmo que o STF nunca tenha analisado nenhum caso a respeito da empresa estatal. O problema que identifiquei nisso é que ao conferir esse tratamento, os Ministros deixam de analisar quais são efetivamente as atividades das empresas estatais envolvidas na controvérsia. A Corte passa a pular uma etapa importante do argumento da dicotomia, que é exatamente a caracterização da atividade da estatal, para a partir daí verificar se esta pode ser considerada como serviço público ou não. Parte-se diretamente para a definição de que trata-se de estatal de serviço público e que, portanto, faria jus às normas de direito público. Os debates deixam de se preocupar com a apresentação de razões para se caracterizar um dado serviço como público, concentrando-se em disputas por classificações arbitrárias.

A pobreza argumentativa nesse sentido passa a imperar nas decisões em que a Corte confere esse tratamento de jurisprudência pacificada, de modo que há uma verdadeira monocratização das decisões colegiadas. Ou seja, os acórdãos passam a assumir uma estrutura de decisão monocrática, onde apenas se cita precedentes que evidenciam a posição da Corte em um dado sentido e afirma-se, peremptoriamente, que o caso concreto é idêntico ao precedente.

c) Quais são os efeitos do uso da dicotomia para a argumentação da Corte?

Essa pergunta representava o terceiro cerne de nossa pesquisa e consistia na tentativa de ampliar o mapeamento do argumento da dicotomia dentro do STF. Com as perguntas anteriores foi possível compreender como o Supremo vinha caracterizando a dicotomia a partir da constatação dos critérios utilizados pelos Ministros para identificar o serviço público e a atividade econômica. Além disso, foi possível perceber alguns efeitos que o uso da dicotomia apresentava para o regime jurídico das empresas estatais. Por fim, com essa terceira pergunta a intenção era compreender como a dicotomia se assentou no modo de argumentação dos Ministros. A partir dessa preocupação foi possível perceber que o argumento apresenta algumas funcionalidades para a solução do caso concreto pelo Supremo.

Afirmo essas funcionalidades, no sentido de padrões que apontavam para um certo funcionamento da argumentação da Corte. O principal deles foi a constatação de que a dicotomia é um esquema de interpretação da Constituição que permite aos Ministros modular a base de incidência de determinados dispositivos constitucionais. Como já destacado acima, o argumento da dicotomia ao preconizar uma cisão da ordem econômica em dois âmbitos distintos, acaba por determinar que alguns dispositivos da Constituição se destinam exclusivamente a regulamentar um desses âmbitos. Nesse sentido, a Corte definiu que o art. 175, o art. 150, VI, "a" e seu § 2º, além do art. 100 da Constituição seriam aplicáveis única e exclusivamente ao âmbito do serviço público. Apenas as estatais de serviço público poderiam ser regidas por estes dispositivos. Por outro lado, os artigos 173 e incisos, o art.

150, §3º só seriam aplicáveis ao ramo das atividades econômicas. Nesse sentido, classificar as atividades de uma estatal como serviço público ou atividade econômica, em termos normativos, significaria atrair para o regime jurídico da estatal uma série de dispositivos e excluir a incidência de outras.

Essa correlação entre natureza das atividades e incidência de determinados artigos foi automatizada pela Corte. A consequência imediata da classificação era a determinação da incidência de alguns artigos sobre o regime das estatais e a exclusão de outros. Na medida em que esse esquema de interpretação se consolidou no Supremo, a dicotomia se tornou um argumento que oferecia aos Ministros um encadeamento de causas e consequências cujo final já era conhecido de antemão.

Ora, postular que no caso concreto estávamos diante de uma empresa estatal prestadora de serviço público significava imediatamente que aquele serviço não se submete ao art. 173 ou ao art. 150, § 3º da Constituição, o que afastaria a necessidade de equiparação de regime jurídico com as empresas privadas e que também afastaria a vedação à imunidade tributária. Desse modo, a consequência da classificação seria a ausência de impedimentos para a atribuição de uma prerrogativa de direito público às estatais. Por outro lado, caminho inverso era possível a partir da postulação de que estaríamos diante de atividade econômica. Haveria necessidade de se proteger a livre concorrência, atrairíamos a incidência do art. 173 ou 150, § 3º e estaria vedada a estipulação de qualquer privilégio para o regime de atuação destas empresas.

Com esse quadro de consequências previamente determinado, a escolha por se utilizar o argumento da dicotomia pode assumir um tom estratégico em alguns votos. Sobretudo quando nota-se uma ausência de maior fundamentação em torno do porquê uma dada atividade ser considerada pública ou atividade econômica. Parte-se da premissa maior, que é a classificação da atividade, e a partir daí as consequências normativas vinham mecanicamente apresentadas pelos Ministros. O uso estratégico desse argumento levou em alguns casos, como por exemplo o das estatais exploradoras dos serviços portuários, a uma utilização da dicotomia como

argumento lateral. A ratio do caso independia da classificação da natureza das atividades da estatal, mas mesmo assim a Corte se utilizava do argumento como forma de atrair para o regime da empresa estatal o dispositivo constitucional que autorizaria, por exemplo, a incidência da impenhorabilidade de bens ou da imunidade tributária. Tanto era assim, que o único momento em que a dicotomia surgiu nesses casos era no momento de evidenciar a incidência de um dos dispositivos constitucionais citados acima sobre o regime das estatais.

No entanto, esse uso estratégico do argumento não se restringe ao manejo de certos conjuntos normativos. Ela permite surgir também o que chamei no corpo da monografia de "argumentação ambivalente". A partir do momento em que temos quadros de consequências definidos tanto para o lado do serviço público quanto para o lado da atividade econômica, a argumentação dos Ministros passou a se pautar em uma escolha. Opta-se por uma das classificações e a partir dela, as consequências normativas vem em cascata. O efeito disso é que os Ministros passam a adotar o argumento para justificar a caracterização das atividades como econômicas ou como serviço público, tanto faz, tudo passa a ser uma questão de escolha. O argumento se torna ambivalente porque pode servir tanto para uma posição quanto para a outra, o que leva a uma certa depreciação do argumento.

O problema não decorre do argumento poder fundamentar tanto uma posição como outra, mas pelo fato desta fundamentação decorrer de simples opção do Ministro. Ora, deixa de existir um embate de razões sobre a classificação das atividades, em boa parte dos casos, passamos a ter um embate de opções dos Ministros. Nesse sentido, por mais que exista um argumento por trás da escolha feita pelo julgador, no fundo trata-se de uma questão de arbítrio do Ministro, que torna difícil um controle via razões apresentadas.

Esse problema ainda se agrava quando rememoramos uma outra utilidade do argumento. Na medida em que os Ministros se valiam da dicotomia pudemos perceber que ela mantém os debates sempre em abstrato. Os Ministros passam a disputar classificações das atividades, sem sequer olhar

para o plano real em busca de verificar quais são efetivamente essas atividades. Encontramos casos ao longo da monografia em que há a classificação das atividades de uma estatal sem sequer mencionar que atividade é a prestada pela estatal. Aqui o arbítrio fica ainda mais evidente, sem apresentar fatos que fundamentem o juízo a respeito das atividades da estatal, a Corte acaba promovendo um debate inócuo. Cada Ministro alega que as atividades da estatal apresentam uma natureza, sem que estes olhem para a realidade fática das estatais.

Isso dá azo, em primeiro lugar, a possibilidade de se realizar categorizações equivocadas. Em segundo lugar, corre-se o risco de se dar provimentos jurisdicionais que não se relacionam com a realidade fática de desenvolvimento de um dado mercado. O caso da ADPF 46 foi sintomático nesse sentido, pois a ausência de clareza na decisão da Corte a respeito do monopólio postal criou uma série de inseguranças para a atuação das empresas privadas do setor postal. A Corte, por ter dificuldades de se comunicar com a realidade de certos mercados e também pela deficiência de seus métodos de deliberação, não definiu de modo certo quais eram os limites do monopólio postal, o que tornou incerto qual era o âmbito possível de atuação para tais empresas privadas.

O argumento da dicotomia contribui para esse efeito na medida em que permite que os Ministros decidam o caso com classificações em abstrato, sem maiores justificações do porquê uma dada interpretação sobre a natureza dos serviços. Como já dito, a partir do quadro de causas e efeitos apresentado pela dicotomia, a resolução do caso se resume a uma questão de opção por um ou por outro lado, transformando-se a dicotomia em um argumento ambivalente.

Por fim, outra funcionalidade central da dicotomia, foi de certo modo apresentada acima, mas com outro enfoque. O argumento aqui estudado foi de difícil convivência com o argumento da personalidade jurídica privada das empresas estatais. Onde se argumentava que as estatais eram prestadoras de serviço público, muito raramente surgia o reconhecimento da personalidade privada das estatais. A única exceção a essa regra foi o Ministro

Sepúlveda Pertence em seus votos nos casos da impenhorabilidade de bens da ECT. Fora isso, estes argumentos não conviveram em nenhum momento. Alegar a dicotomia significava em certa medida ignorar a personalidade jurídica privada das empresas estatais. Alguns Ministros até anexavam alguns argumentos à dicotomia para afastar a importância da personalidade das estatais. Nesse sentido é que vinham os argumentos das estatais como mera instrumentalidade da administração ou como “longa manus” da administração direta. Aniquila-se a personalidade jurídica da estatal, e assim não é mais preciso debatê-la.

Essas foram as principais funcionalidades da dicotomia dentro da argumentação dos Ministros, as demais apresentadas no corpo da monografia são por demais específicas para serem apresentadas no campo das conclusões gerais sobre os casos aqui analisados. Permanece adstrita às observações feitas ao caso concreto, de modo que para elas, remetemos o leitor aos capítulos de análise. Cumpro encerrar a presente monografia com um questionamento.

d) A dicotomia é um bom critério para determinar o regime jurídico das empresas estatais?

A dicotomia nos moldes em que a apresentamos acima, apresenta certas funcionalidades para a Corte. Além das apresentadas acima, apresento agora outra de cunho mais pragmático. Por ser um argumento esquemático, que distingue didaticamente a ordem econômica em dois âmbitos diferentes, determinando bases de incidência próprias para uma série de artigos constitucionais, ela é um argumento que objetiva as decisões da Corte. Permite que os Ministros decidam casos envolvendo o debate infundável sobre os serviços públicos em duas ou três linhas, sem maiores elucubrações teóricas. Isso para uma Corte que julga cerca de 100.000⁴⁶ processos por ano pode ser, em termos pragmáticos, útil.

No entanto, como tentamos demonstrar, o argumento tem apresentado algumas disfuncionalidades para o modelo de empresa estatal e também para

⁴⁶ Para informações mais precisas sobre o número de julgados do STF a partir de 2008 ver: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>

o próprio uso pela administração pública do modelo. Isso porque a Corte ignora o significado político da criação de uma empresa estatal pelo governo e prefere promover uma publicização de seu regime jurídico a partir da dicotomia, sob o argumento de se estar protegendo a prestação de um serviço essencial. Isso se aplica não só para a publicização do regime jurídico mas também para o processo de aniquilação da personalidade jurídica das empresas estatais e a seguinte equiparação entre as estatais prestadoras de serviços públicos e a administração direta. A Corte perde a dimensão política do processo de descentralização.

Como já dito, com esses argumentos o STF pode estar criando ônus a mais para a atuação das estatais e aniquilando a própria natureza empresarial destas entidades. Esse diagnóstico já vem sendo apresentado pela literatura administrativa e foi identificado por Henrique Motta Pinto como um processo de "autarquização" das empresas estatais. Para o autor, esse processo desencadeado pela jurisprudência do STF está colocando em crise o modelo empresarial das empresas estatais, recomendando, nesse sentido, o abandono dessa jurisprudência pela Corte⁴⁷. Corroboro desse diagnóstico feito pelo referido autor, uma vez que também verifiquei esse processo de autarquização, que por vezes chamei de publicização ou de equiparação entre administração direta e indireta pela jurisprudência do STF. As consequências negativas desse processo foram apontadas no parágrafo acima, e acredito que tendem a recomendar também o abandono dessa jurisprudência pelo STF. No entanto, acredito que a dicotomia deve ser superada pela Corte também por outras razões que exponho abaixo.

O uso da dicotomia como vimos tem levado a uma automatização do processo decisório do STF a respeito do regime jurídico das empresas estatais. Com isso, não só temos um forte empobrecimento argumentativo das decisões da Corte, mas também cria-se espaço para que os casos sejam decididos com meros atos de vontade, sem a devida fundamentação de pressupostos importantes do argumento da dicotomia, como por exemplo, o da classificação da natureza da atividade. Com isso, o arbítrio da Corte ganha

⁴⁷ Pinto, Henrique Motta. "Empresa Estatal: modelo jurídico em crise?". Tese de Mestrado (2010), pp. 180-186.

espaço em detrimento de argumentações pautadas em razões. Tal empobrecimento também cria óbices para o próprio Supremo, pois passamos a ter precedentes ruins a respeito de cada estatal, de modo que em momentos de casos complexos, a Corte não terá muitos referenciais a seguir em sua jurisprudência.

Apesar da forma como o argumento tem sido absorvido pela Corte ser uma razão para seu abandono, acredito que outra razão ainda mais forte pesa para que a dicotomia seja no mínimo repensada. Ao preconizar uma distinção radical entre atividade econômica e serviço público, a dicotomia acaba por nos fornecer um critério de decisão que se torna de difícil aplicação para os casos das estatais. A dicotomia em tese sugere uma classificação abstrata da natureza das atividades das estatais para a partir disso se definir o regime jurídico. No entanto, a realidade das estatais hoje não é de prestação de um só serviço, pelo contrário, as estatais costuma prestar mais de um serviço e nem sempre estes terão naturezas idênticas. Por exemplo, a ECT atua tanto na prestação dos serviços postais mais tradicionais, mas também atua na prestação de serviços bancários por meio do Banco Postal.

Apesar desses fatos, na maioria dos casos o STF prefere negar essa realidade de heterogeneidade das atividades das empresas estatais e proceder a classificações em abstrato das empresas estatais em si, de modo que a estatal passa a gozar de um regime de direito público, quando prestadora de serviço público, independentemente de prestar serviços de outra natureza, ou seja, atividades econômicas. Portanto, o uso que o STF tem feito majoritariamente da dicotomia não tem captado esse momento das empresas estatais, de cada vez maior heterogeneidade de atividades e de aproveitamento das oportunidades negociais criadas pela prestação de serviços públicos.⁴⁸

⁴⁸Justen Filho, Marçal. "Empresas estatais e a superação da dicotomia "prestação de serviço público/exploração de atividade econômica", in Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (org), *Estudos em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo: Malheiros, pp. 410 e 414.

Como tentativa de manter a coerência do argumento, parte da doutrina e até alguns Ministros do STF⁴⁹ tem entendido que é necessário “aprofundar a dicotomia” e passar a distinguir atividade por atividade da estatal, para a partir disso, definir-se o regime jurídico de cada uma delas. Marçal Justen Filho chega a afirmar que esse é o próximo passo da dicotomia, defendendo uma superação de um modelo pautado em classificações abstratas das atividades, para um modelo de definições concretas⁵⁰.

Apesar dessa solução ser interessante em planos teóricos, essa classificação de cada atividade das empresas estatais seria de complexa equacionalização. Para fins de gestão da empresa estatal, talvez o efeito seja semelhante ao da publicização de seu regime. Tornando-se necessário classificar atividade por atividade antes de se saber o regime jurídico aplicável, poderíamos criar entraves para a tomada de decisões dentro das empresas estatais, além de uma maior judicialização dessas questões, pois se abriria uma gama de atividades que poderiam vir a ter sua classificação questionada em juízo. As dificuldades práticas parecem sugerir também um abandono desse critério de objetivação a respeito da dicotomia.

Ademais, este critério não conseguiria dar conta também de certos serviços peculiares, hoje, prestados por empresas estatais. Estes assumiriam características, de acordo com a jurisprudência do STF, tanto de serviço público (previsão constitucional da competência do Estado) quanto de atividade econômica (exploração em livre concorrência com a iniciativa privada). Ou seja, uma só atividade teria um duplo estatuto a partir dos critérios de classificação fixados pelo próprio STF, de modo que sua classificação, mesmo em termos de uma objetivação da análise, seria muito difícil dentro de um dos tomos exatos da dicotomia. Por essas razões, talvez seja importante abrir espaço na jurisprudência da Corte para novos tipos de argumentação, mais arejados, que superem efetivamente uma dicotomia

⁴⁹ Sobretudo o Ministro Joaquim Barbosa, que apesar de não fazê-lo em todos os casos, reiteradamente preconiza uma distinção do regime jurídico via análise da natureza de cada atividade das estatais.

⁵⁰ Justen Filho, Marçal. “Empresas estatais e a superação da dicotomia ‘prestação de serviço público/exploração de atividade econômica’” in Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes filho (org.), *Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo: Malheiros, p. 419.

hermética entre atividade econômica e serviço público e permitam aos Ministros perceberem que essas duas searas da ordem econômica se interpenetram com mais frequência do que o argumento da dicotomia supõe.

Encerro o presente trabalho, não só com uma advertência a respeito da dicotomia em si, mas também com a forma de como a Corte se entende perante os casos concretos. Muitos dos problemas diagnosticados, como por exemplo, o da publicização das empresas estatais, decorrem de uma ausência de preocupação da Corte com as consequências que suas decisões e fundamentações podem vir a ter sobre outros âmbitos do Estado. É necessário que a Corte se compreenda como um agente político também, que por meio de suas decisões molda não só casos concretos, mas também repercutem sobre a atuação do poder executivo e também sobre as expectativas dos próprios agentes que interagem com as empresas estatais. Estes aspectos mais extrínsecos da definição do regime jurídico das empresas estatais não surgiam nos acórdãos, sequer em suas fundamentações. Acredito que o papel de um Tribunal como o STF é não só dar a resolução do caso concreto, mas também entender e tentar enfrentar as questões das eventuais consequências pragmáticas que suas decisões possam vir a ter. Talvez este caminho indique uma possibilidade de aumento efetivo da qualidade das intervenções da Corte sobre os mais diversos temas que lhe chegam.

8. Bibliografia:

Pinto, Henrique Motta. "Empresa Estatal: um modelo jurídico em crise?" (Mestrado), 2010.

Justen Filho, Marçal. "Empresas estatais e a superação da dicotomia 'prestação de serviço público/exploração de atividade econômica'", in Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (orgs.), *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo: Malheiros. Pp. 403-42

9. **Anexo I:** Modelo de fichamento de acórdãos utilizado

| | |
|---|--|
| Acórdão | |
| Data de Julgamento | |
| Ministro Relator | |
| Turma, Plenário ou Decisão Monocrática? | |
| Empresa Estatal envolvida (pleiteante ou pleiteada) | |
| Controvérsia (tema) | |
| Decisão | |
| A dicotomia é utilizada na resolução do caso? Temos a utilização de algum tipo de classificação da empresa estatal? Qual? | |
| Se sim, como ela é caracterizada? Ou o que fundamenta a classificação da atividade da empresa estatal? | |
| Se não, quais são os argumentos utilizados para a decisão? | |
| A dicotomia foi determinante para esses efeitos sobre o regime jurídico da estatal? | |
| Houve a utilização dos art. 173 e art. 175 na caracterização da dicotomia? | |

| | |
|--|--|
| Ou na classificação da atividade da empresa estatal? | |
| Há diferença com os casos julgados depois da EC 19/98? Ou com os de antes da EC? Há diferença na forma de classificação da atividade da empresa estatal? | |
| A que serviu a dicotomia? Ou a que serviu a classificação da atividade da empresa estatal? | |
| Observações | |